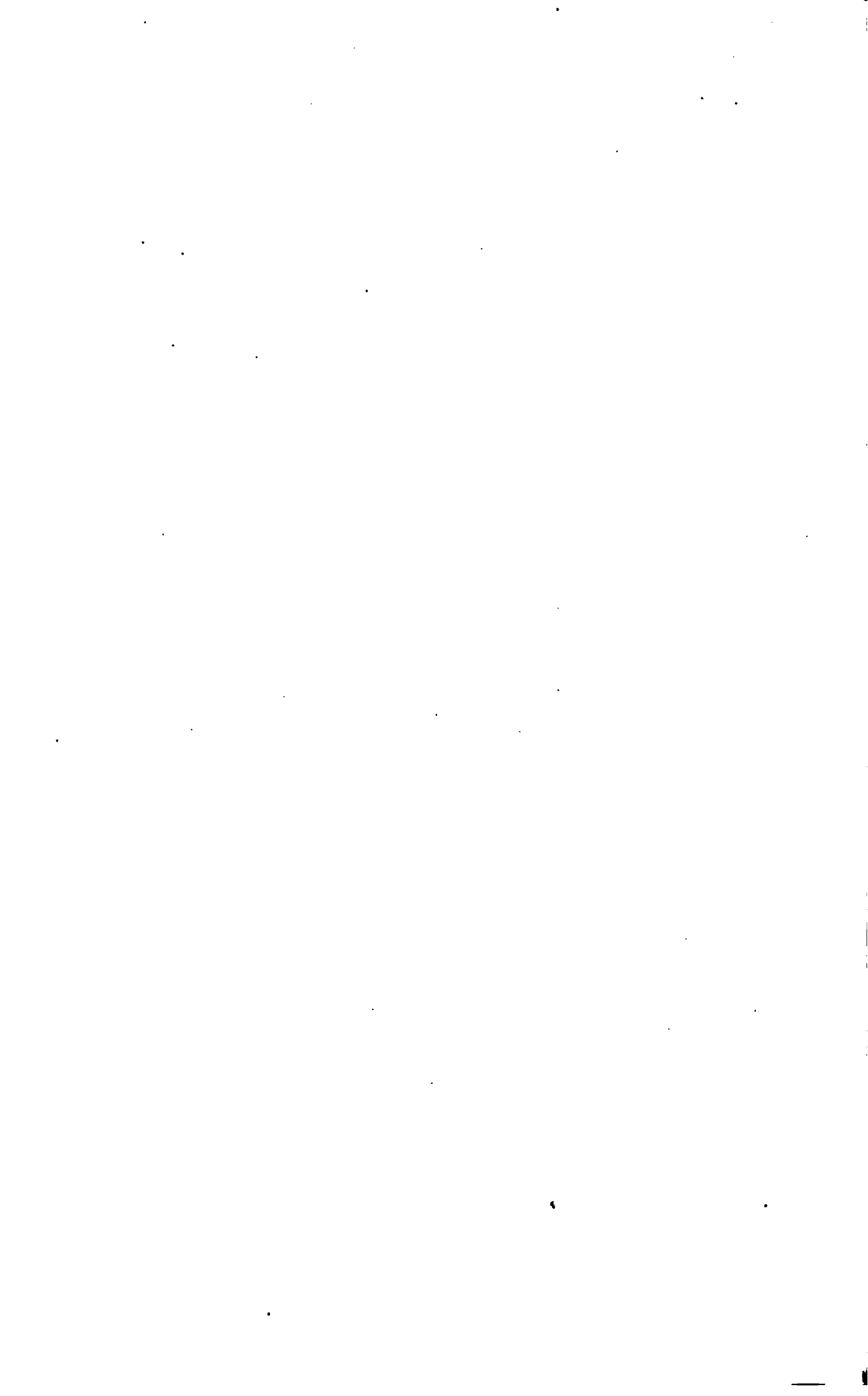
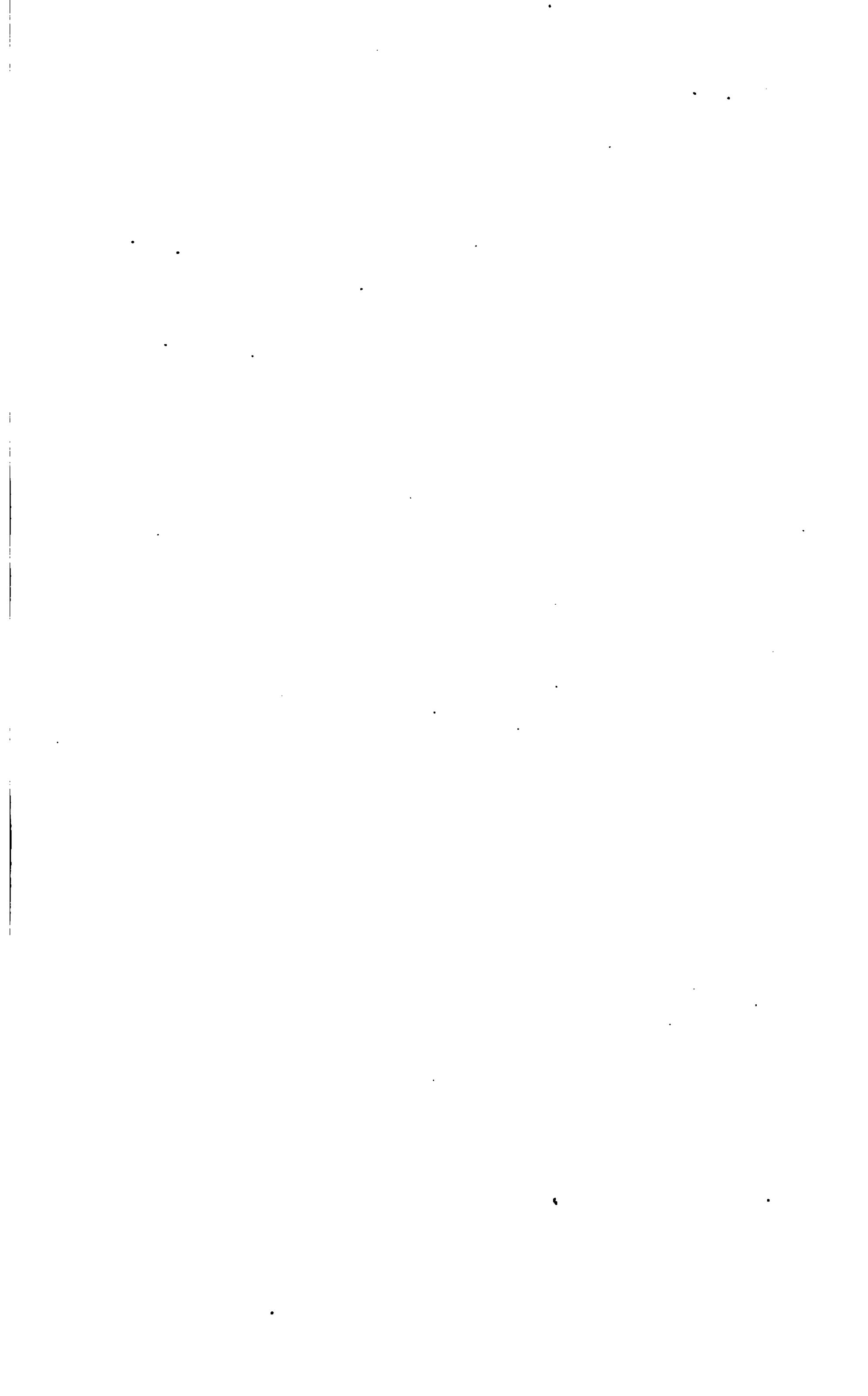

VE
RI
TAS

Germany







# Lehrbuch

des

# Pandektenrechts.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
Professor an der Universität Leipzig.

Erster Band.

Vierte Auflage.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Buddeus.
1875.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Carl Georg von Wächter

in Verehrung

und in Dankbarkeit für vielfache Förderung und Belehrung

zugeeignet.



# Vorrede zur ersten Auflage.

Den ersten Anstoß zur Ausarbeitung des Lehrbuchs, von welchem hier der erste Band erscheint, hat das Bedürfniß meiner Vorlesungen gegeben. Unter der Arbeit aber hat sich mir der Plan erweitert. Mein Ausgangspunkt zwar ist überall die Einführung und Anleitung des Lernenden, des mit dem Stoffe noch nicht Vertrauten, geblieben, und ich habe zur Erreichung dieses Zweckes selbst Umständlichkeit und Breite weniger gescheut, als schwer verständliche Kürze. Zugleich aber habe ich es versucht, demjenigen, welcher zu praktischen oder theoretischen Zwecken eingehendere Untersuchungen zu machen veranlaßt ist, das Material mit einer gewissen Vollständigkeit zu überliefern, bald in ausgeführterer Darstellung, bald nur in Fingerzeigen. So mag dieses Buch vielleicht hoffen dürfen, auch neben den jetzt gewöhnlich gebrauchten trefflichen Lehrbüchern von Puchta und Arndts sich hier und da einen Freund zu erwerben.

Man hat sich in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß ein Pandektenlehrbuch es unternehme, der doppelten Aufgabe gerecht zu werden, welche im Vorstehenden bezeichnet ist. Ich habe mich nicht davon überzeugen können, daß die Lösung der einen durch die Verfolgung der anderen beeinträchtigt werde; freilich muß ich gewärtig sein, daß der Erfolg mich des Irrthums überführe.

Durch den zweiten der bezeichneten Gesichtspunkte war auch die Ausführlichkeit geboten, mit welcher hier auf die Literatur Rücksicht genommen ist. Doch machte die Massenhaftigkeit derselben eine Beschränkung unumgänglich nöthig. Demzufolge habe ich die ältere Literatur principiell ausgeschlossen; ich meine näher die Literatur vor Glück, über welche sich in dem Buche von Glück selbst Nachweisungen finden, die jedenfalls für den ersten Anlauf genügen. Auch die spätere Literatur ist nicht mit unbe-

dingter Vollständigkeit citirt, was gleichfalls unausführbar gewesen wäre; doch war mein Bestreben darauf gerichtet, einmal nichts Wesentliches zu übergehen, und sodann, in dem Genannten die Mittel zur Auffindung des nicht Genannten zu gewähren.

Selbständigkeit der Arbeit wird man hoffentlich nirgends vermissen. Von der anderen Seite habe ich das eitle Streben fern von mir zu halten gesucht, Alles anders sagen zu wollen, als meine Vorgänger es gesagt haben. Die Pflicht des Verfassers eines Lehrbuches ist, das Ueberlieferte zu prüfen, aber eben so sehr, das nach seiner Ueberzeugung Gute festzuhalten.[1]

Im Uebrigen habe ich mich bemüht, möglichst deutsch zu reden, im Ausdruck wie in der Sache. Was den Ausdruck angeht, so bin ich nicht der Ansicht derjenigen, welche in der Festhaltung der römischen Terminologie auch für das heutige Recht kein Uebel, oder wohl gar einen Vorzug sehen. Ich meine, daß zu einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechts auch das gehöre, daß ihm, soweit dieß ohne pedantischen Purismus möglich ist, das deutsche Wort geliehen werde. Jedenfalls sollen unsere Gesetzbücher deutsch reden, und wir werden nie vergessen dürfen, daß auf die Abfassung derselben die Lehrbücher zu allen Zeiten einen nicht unbedeutenden, mittelbaren oder unmittelbaren, Einfluß ausüben werden. Auch was die Sache angeht, ist überall mein Bestreben darauf gerichtet gewesen, die Rechtssätze, welche ich vorgetragen habe, ihrer specifisch römischen Erscheinungsform zu entkleiden, und ihren auch für uns noch lebendigen Kern herauszukehren. Von der andern Seite werde ich keinen Tadel deßwegen zu befahren haben, daß ich die römischen Rechtssätze, auch wo sie uns fremd anmuthen, als geltende vorgetragen habe, wenn ich einen besonderen Grund ihrer Nichtgeltung nicht nachweisen konnte. So lange das römische Recht in Deutschland gesetzliche Geltung hat, muß meiner Ansicht nach an diesem Principe festgehalten werden, wenn nicht eine unerträgliche Verwirrung entstehen soll. Freilich ist nichts so sehr, als die Durcharbeitung des recipirten fremden Rechts im Ganzen, geeignet, den Wunsch und die Sehnsucht zu erwecken und zu steigern, daß es uns endlich einmal beschieden sein möge, von so manchem innerlich abgestorbenen Rechtssatz in rascherer und sichererer Weise befreit zu werden, als dieß auf dem Wege eines Gewohnheitsrechts möglich ist,

welches sich doch hauptsächlich auf die Wege der Praxis angewiesen sieht, dieser so viel genannten, und doch, wie oft! unauffindbaren Praxis!

Und so möge denn dieses Buch hinausgehen und versuchen, ob es etwas zu nützen im Stande ist. In Betreff des Zeitpunktes seiner Vollendung will ich lieber kein Versprechen nicht geben; nur das darf ich sagen, daß der Fortführung desselben alle Zeit und alle Kraft gewidmet sein werden, welche meine Vorlesungen mir übrig lassen.

Tegernsee, den 3. September 1862.

---

# Vorrede zur vierten Auflage.

Mit den vorstehenden Worten ist der erste Band dieses Lehrbuchs im Jahre 1862 ausgegeben worden; der zweite Band folgte in den Jahren 1865 und 1866, der dritte 1870. Die zweite verbesserte Auflage erschien 1867, 1869, 1871. Die dritte Auflage, welche 1870 und 1871 erschienen ist, war ein Abdruck der zweiten mit hinzugefügten Literaturangaben. Von dieser dritten Auflage ist ein wörtlicher Abdruck in den Jahren 1872 und 1873 ausgegeben worden. Die gegenwärtige Auflage, von welcher hiermit der erste Band erscheint, ist wieder eine vermehrte und verbesserte, oder vorsichtiger ausgedrückt, eine Auflage, welche ich zu verbessern bestrebt gewesen bin. Die inzwischen erschienene Literatur ist überall sorgfältig berücksichtigt, so daß ich nun wieder, im Großen und Ganzen, die Garantie übernehmen kann, daß, wer dieses Lehrbuch gebraucht, mit dem neuesten Stande der Literatur bekannt ist. Da an diesem Bande ein volles Jahr gedruckt worden ist, so hat ziemlich viel in den Zusätzen (S. 829 fg.) nachgetragen werden müssen. —

In der Vorrede zur ersten Auflage des dritten Bandes, welche vom Tage der Schlacht bei Sedan datirt ist, sprach ich den Wunsch aus, daß mein Lehrbuch durch ein deutsches Gesetzbuch möglichst bald beseitigt werden möge. Dieser Wunsch ist seitdem der Verwirklichung um ein Bedeutendes näher gerückt. Das deutsche Privatrechtsgesetzbuch, dieses Ziel nationaler Sehnsucht, hat begonnen, leibhafte Gestalt anzunehmen. Aber seine Vollendung

wird noch nicht der nächsten Zeit angehören, und so darf dieses Lehrbuch hoffen, noch einige Jahre ein bescheidenes Dasein zu fristen. Dann wird es hinabsteigen in den Schoß der Vergangenheit, und die Frucht langer und mühevoller Arbeit wird der Vergessenheit übergeben werden. Aber es ist nicht anders mit Lehrbüchern. Wer seine Kraft an ein Lehrbuch setzt, wird sich bescheiden müssen, für die Gegenwart zu arbeiten — auch wenn nicht ein Eingriff von Außen erfolgt, wie derjenige ist, welcher von dem deutschen Privatrechtsgesetzbuch ausgehen wird. Er wird sich für hinreichend belohnt erachten müssen, wenn er sich sagen darf, daß er manchen Lernenden gefördert habe, hier und da einen Wissenden, und daß der eine und der andere seiner Gedanken in einem verwandten Geiste Wurzel geschlagen und in demselben neue Frucht getrieben habe. Für mich aber ist es ein besonderer Trost, daß die neue Gesetzgebung zwar mein Lehrbuch beseitigen wird, nicht aber die wesentlichen Grundlagen der Wissenschaft, welche es vertritt. Wenn irgend Etwas sicher ist in menschlichen Dingen, so ist das sicher, daß die wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Gesetzbuchs anknüpfen wird an die Wissenschaft, die vor demselben gewesen ist, und daß diese Wissenschaft, befreit von der Last geschichtlicher Zufälligkeiten, in dem Gesetzbuch und durch das Gesetzbuch zu neuer Blüthe sich entfalten wird. Es gibt ein Gesetz geistiger Continuität, und dieses Gesetz zwingt Alle.

Die gegenwärtige Auflage wird nach dem Wunsche des Verlegers in einer sehr bedeutenden Anzahl von Exemplaren gedruckt. So ist nach menschlicher Voraussicht diese Auflage die letzte, welche von meinem Lehrbuch erscheint. Möge das Wohlwollen, welches demselben bisher zu Theil geworden ist, sein Begleiter bis an sein Ende bleiben!

Um die Revision der Aushängebogen hat sich Herr Professor Cohn in Zürich, früher mein College in Heidelberg, besonderes Verdienst erworben, und ich spreche ihm dafür öffentlich meinen Dank aus. Die sinnstörenden Druckfehler bemerke ich sogleich hier vorne (S. XVI), die unbedeutenderen sind am Schluß des Bandes angegeben.

Leipzig,
am Weihnachtsabend 1874.

Bernhard Windscheid.

# Inhaltsverzeichniß.

— — —

# Zweites Buch.

## Von den Rechten überhaupt.

---

## Drittes Buch.

### Das Sachenrecht.

# Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher von Seuffert, Puchta, Vangerow, Kierulff, Savigny, Sintenis, Arndts, Brinz, Keller, Böcking, Wächter, Unger (S. 32—34) sind (regelmäßig) bloß mit dem Namen ihrer Verfasser citirt.

Die Abkürzung: HGB. bezeichnet das deutsche Handelgesetzbuch, die Abkürzung: WO. die deutsche Wechselordnung.

---

## Sinnstörende Druckfehler.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Seite 51 | Note 2 | Zeile | 2 v. u. l. | Landesgesetze st. Bundesgesetze. |
| „ 78 | „ 7 | „ | 2 v. u. l. | Verwandtschaftsverhältniß statt Vormundschaftsverhältniß. |
| „ 91 | Text | „ | 3 v. o. l. | Willensherrschaft st. Willensvorschrift. |
| „ 189 | Note | „ | 8 l. | Vertreter st. Vertretene. |
| „ 461 | „ | „ | 12 v. u. l. | Uebertragungsgeschäft st. Uebertretungsgeschäft. |
| „ 477 | Text | „ | 4 v. u. l. | ausgeübt st. ausgeführt. |
| „ „ | Note 11 | „ | 3 v. u. l. | juristisch Handlungsunfähigen st. juristischer Handlungsfähigen |
| „ 483 | „ 5 | „ | 7 v. u. l. | Beklagten st. Klägers. |
| „ 543 | „ 19a | „ | 6 v. o. l. | Verkäufer st. Käufer. |
| „ 545 | „ 1 | „ | 1 v. o. l. | Veräußerungsverbote st. Veräußerungsgebote. |
| „ 563 | „ 2 | „ | 5 v. u. l. | numquam st. quamquam. |
| „ 581 | „ 5 | „ | 6 v. u. l. | nicht der Möglichkeit st. der Möglichkeit. |
| „ 726 | „ 3 | „ | 2 v. u. l. | Verkaufsmacht st. Verbrauchsmacht. |
| „ 736 | Text | „ | 5 v. o. l. | Auflassung st. Auffassung. |
| „ 783 | Note 14 | „ | 10 v. u. l. | verpfändenden st. verpfändeten. |

# Einleitung.

## I. Begriff des Pandektenrechts.

### §. 1.

Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs.

Das gemeine deutsche Privatrecht ist dasjenige deutsche Privatrecht, welches für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als Ganzes, gilt[1]. Dieses gemeine deutsche Privatrecht ist nur zum Theil einheimischen Ursprungs; anderen, und überwiegenden Theils, beruht es auf recipirten fremden Rechten,

[1] Ueber den Begriff des gemeinen Rechts s. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 4—17, Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 46—48, Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 208 fg., vgl. auch Stobbe deutsch. Privatr. §. 10. Der Begriff des gemeinen Rechts beruht auf dem, wie überhaupt, so namentlich auch für die Rechtswissenschaft, so außerordentlich wichtigen Begriff des Ganzen, als eines seinen Theilen gegenüber selbstständigen Dinges, als eines Dinges, welches nicht die Summe, sondern die Einheit seiner Theile ist. Das für ein Rechtsgebiet als Ganzes in diesem Sinne geltende Recht ist für die einzelnen Gebiete, in welche das Ganze zerfällt, das gemeine Recht; das für die einzelnen Gebiete als solche geltende Recht ist das besondere, particuläre, Recht dieser Gebiete. Das letztere wird auch dadurch nicht zum gemeinen Recht, daß sein Inhalt für alle Gebiete der gleiche ist (Thöl nennt ein solches Recht passend allgemeines Recht), wie umgekehrt das gemeine Recht dadurch nicht aufhört, gemeines Recht zu sein, daß ein zu dem Ganzen gehöriges Gebiet oder auch mehrere Gebiete sich ihm entziehen; die übrigen Gebiete fahren fort ihm unterworfen zu sein nicht als für sich bestehende Gebiete, sondern deßwegen, weil sie zum Ganzen gehören. In dieser Beziehung kann Wächter nicht beigetreten werden, welcher behauptet, von einem gemeinen Rechte könne nicht mehr geredet werden, sobald das Recht auch nur für Einen Theil nicht mehr gelte: es erscheinen hier die beiden Begriffe „ein Rechtsgebiet als Ganzes“ und „ein ganzes Rechtsgebiet“ verwechselt. Noch weniger verdient Beifall, schon wegen ihrer Unbestimmtheit, die Ansicht von Bruns, welcher den Begriff des gemeinen Rechts erst dann ausgeschlossen wissen will, „wenn die Ausnahmen sich vermehren“.

und unter diesen nimmt den hauptsächlichsten Platz das römische Recht ein[2].

Das römische Recht ist in Deutschland zur Geltung gelangt[3] nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes, und zwar näher, nicht durch die Uebung des Volkes, sondern durch die Uebung der Juristen, welche das römische Recht ihren Rechtssprüchen und Rechtsgutachten zu Grunde legten (§. 16). Die Juristen wurden dabei hauptsächlich bestimmt durch die überwältigende geistige Macht, mit welcher das römische Recht ihnen entgegentrat. Das römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommenere, daß es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien[4]. Die deutschen Juristen folgten, indem sie das römische Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, dem Zuge der widerstandlosen Hingabe an die der Vergessenheit wieder entrissene antike Cultur[5].

---

[2] Daneben steht das canonische Recht und das longobardische Lehnrecht.

[3] Eine allen Anforderungen entsprechende Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland muß noch erst geschrieben werden. Hervorzuheben sind: Senckenberg methodus iurisprudentiae app. III p. 127—147, Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III §. 440—444, und vor Allem Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen I S. 609—655. II S. 1—142. Hierzu Muther Zeitschr. f. RGesch. IV S. 380—445. Vgl. auch C. A. Schmidt (von Rostock) die Reception des römischen Rechts in Deutschland (1868), und darüber Stobbe krit. VJSchr. XI S. 1 fg. Ferner: Stintzing Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867).

[4] Das einheimische Recht war zum großen Theil Gewohnheitsrecht, und insofern, wie man es damals nannte, ius incertum; es enthielt eine Reihe von einzelnen, meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundsätzen; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen des immer mehr aufblühenden Verkehrs nicht ausreichend. Das römische Recht, wie es aus geschriebenem Buchstaben mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hülfe für Alles. Stobbe a. a. O. I S. 636—638.

[5] Stobbe a. a. O. I S. 640. „So wie die Humanisten aus den griechischen und römischen Autoren die absolute Wahrheit und menschliche Bildung zu schöpfen glaubten, so waren sich auch die Juristen, welche zu Bologna das römische Recht studirt hatten und es in der Heimath zur Geltung zu bringen suchten, dessen nicht im Entferntesten bewußt, daß sie ihrem Volke ein fremdes Recht zuführten und daß nicht alle

Neben diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, daß das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, daher den Justinianischen Rechtsbüchern die gleiche verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze[6]. Als im Jahre 1495 das neu errichtete Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische Recht verwiesen wurde[7], war dieß bereits bei Weitem keine Neuerung mehr; seit der Mitte des 16. Jahrhun-

---

Sätze der Corpus Juris zur Anwendung kommen dürften. Man glaubte kein fremdes Recht zu übertragen, sondern nur das seiner Entwicklung nach vollendetere Recht, das Recht κατ᾽ ἐξοχήν, anzuwenden". — Es kam hinzu der Mangel an historischem Sinn, welcher jener Zeit eigen war. So hatte man auch den Sachsenspiegel in vielen Gerichten als gesetzliche Quelle recipirt, ohne genau zu untersuchen, ob jeder Satz desselben mit dem particulären Rechte in Einklang stehe; man wandte sich um Rechtsbelehrung an einen Oberhof, ohne zu fragen, ob zwischen den Grundlagen seines Rechts und des der anfragenden Stadt Uebereinstimmung herrsche. Stobbe I S. 639.

[6] Das römische Recht galt als ein für den ganzen Weltkreis verbindliches Recht, wie das römische Reich als ein den ganzen Weltkreis begreifendes Reich. Diese Idee tritt in den Gesetzen und Urkunden der deutschen Kaiser schon seit Otto III. hervor (Stobbe I S. 612—624. II S. 110). Besondere Kraft mußte sie in Deutschland haben, wo der deutsche Kaiser wirklich herrschte, und hier wieder vorzugsweise, soweit er unmittelbar herrschte. Für das kaiserliche Hofgericht findet sich denn auch bereits aus dem Jahre 1342 eine Erklärung K. Ludwig's, daß an demselben fortan nur „nach kunig und keisern seiner vorfarn an dem romischen riche gesetzen und ire geschrieben rechten" geurtheilt werden solle. Eine gleiche Erklärung gab Albrecht II. in dem Landfrieden von 1438. Stobbe I S. 621—624. II S. 87. (Vgl. übrigens in Betreff der Verordnung K. Ludwig's jetzt Franklin Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland S. 107 fg., welcher nachzuweisen sucht, daß diese Verordnung sich auf das römische Recht nicht bezogen habe.)

[7] Es sollte urtheilen „nach des Reichs und gemeinen Rechten". Unter den „gemeinen Rechten" ist hier eben das römische Recht, wenn nicht allein, so doch gewiß mit verstanden. Wenn man früher zu weit ging, und in dieser Bestimmung die eigentliche Quelle der Geltung des römischen Rechts in Deutschland sehen wollte, so darf man doch auf der anderen Seite den Einfluß, welchen das Reichskammergericht auf die Einführung und Befestigung des römischen Rechts gehabt hat, nicht unterschätzen. Beweis ist, daß in Ländern, auf welche sich seine Autorität nicht erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das römische Recht Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, Schleswig, Nordfrankreich. S. Eichhorn deutsche Staats- u. Rechtsgesch. III §. 442, Gerber das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 128. 145, Stobbe II S. 86 fg. vgl. S. 111 Note 5.

derts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden[8].

§. 2.

Näher bestimmt sich die Geltung des römischen Rechts in Deutschland durch folgende Sätze.

1. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht als absolutes gemeines, sondern nur als subsidiäres gemeines Recht; d. h. es schließt nicht entgegenstehende particularrechtliche Bestimmungen aus, sondern es kommt nur zur Anwendung, insoweit particularrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen.

2. Das römische Recht gilt in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification und die Lehre der Schule von Bologna erhalten hat; nur in dieser Gestalt ist es recipirt worden. Hierüber das Nähere im folgenden Paragraphen.

3. In dieser Gestalt ist das römische Recht als Ganzes recipirt worden[1]; daher braucht seine Anwendbarkeit nicht für

---

[8] Spuren der Bekanntschaft mit dem römischen Recht finden sich in Deutschland bereits seit dem 13. Jahrhundert, so namentlich Clauseln in Notariatsurkunden, durch welche auf Einreden des römischen Rechts verzichtet wird. Stobbe I S. 646—650. Aber auch angewendet wurde in einzelnen Sätzen und Instituten das römische Recht schon seit dem Ende desselben Jahrhunderts. Stobbe I S. 650. 651. Einer umfassenden Anwendung des römischen Rechts mußte erst vorausgehen die Gründung einheimischer Universitäten (seit der Mitte des 14. Jahrh.), und daß auf ihnen auch das römische Recht eine mehr als untergeordnete Berücksichtigung fand, was erst seit der Mitte des 15. Jahrhunderts der Fall war. Stobbe I S. 625—631. II S. 9—22. Seit dieser Zeit wuchs die Anwendung des römischen Rechts mit der Zahl der gelehrt gebildeten Juristen; dieselben erlangten zuerst Antheil an der Rechtssprechung, und schließlich verdrängten die mit gelehrten Juristen besetzten Gerichte die mit Volksschöffen besetzten ganz. Stobbe II S. 63—110. Franklin Beiträge zur Geschicht der Reception des römischen Rechts in Deutschland S. 19 fg. Besonders aber jetzt: Stölzel die Entwickelung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. 2 Bde. 1872. Darüber Stintzing in Sybel's Hist. Zeitschrift XXIX S. 408 fg. Mitwirkung der Landesgesetzgebung: Stobbe II S. 114—133. — Das römische Recht ist auch in andere Länder eingedrungen, als in Deutschland, namentlich in England und Nordfrankreich (in Südfrankreich hatte es zu gelten nie aufgehört). Aber in England hat es nicht festen Fuß gefaßt (vgl. den Aufsatz von Biener in der krit. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), in Nordfrankreich ist es nicht zu Gesetzeskraft gelangt.

§. 2. [1] Wie man sich früher ausdrückte: „in complexu". Das will sagen:

jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden; jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu erachten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben[2].

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache

---

Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Rechtssätze als diese, wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das römische Recht als solches. Alle Gründe der Reception beziehen sich auf das römische Recht als solches, nicht auf den besonderen Inhalt seiner besonderen Sätze. Vgl. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 193—202. Daher sind die Zeugnisse für die Reception des einen Satzes zugleich Zeugnisse für die Reception des anderen. Man wird entweder die Reception des römischen Rechts ganz leugnen, oder diese Consequenz zugeben müssen. Vgl. die folgende Note.

[2] Früher drückte man das so aus: wer sich auf das römische Recht berufe, habe „fundatam intentionem." Wenn man dieß näher dahin verstand, es könne die Anwendung eines jeden Satzes des römischen Rechts verlangt werden, bis der Gegner dessen Unanwendbarkeit bewiesen habe, so war das allerdings insofern ein Irrthum, als von einem civilproceßmäßigen Beweise bei Rechtssätzen überhaupt nicht die Rede sein kann. Der Richter wird also selbständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Unanwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des römischen Rechts vorliegen: wohin namentlich auch gehört, daß das Verhältniß, auf welches sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben. Das ist zwar in der neueren Zeit geleugnet worden (Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 99—105, Reyscher Zeitschrift für deutsch. Recht IX S. 378—408, Leist civilistische Studien I S. 12—19 und Bonorum possessio II. 2 S. 350—367, vgl. auch Eichhorn deutsches Privatr. §. 40 Note e), aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das römische Recht als Ganzes recipirt worden sei, — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis; auch hier liegt die in §. 1 Note 1 bezeichnete Verwechslung zu Grunde. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen deßwegen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich deßwegen nicht weniger auf das römische Recht als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat römischer Rechtsatz zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt: das römische Recht sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particulären, sondern auch gemeinen Rechte recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem römischen Recht entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Rechtssatz nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner

Quelle: das canonische Recht[3], die deutschen Reichsgesetze[4], das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht[5]. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die

---

Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Gegen Beseler und Reyscher vgl. Wächter gemeines Recht Deutschland S. 186—204, Gerber Princip des gem. deutschen Privatrechts S. 154—157, Stobbe Rechtsquellen II S. 111 fg. und deutsch. Privatrecht I S. 18, andererseits aber wieder Beseler deutsches Privatrecht 2. u. 3. Aufl. §. 8. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I S. 69. 165, Sintenis I S. 18), daß alle dem Staatsrechte angehörenden Bestimmungen des römischen Rechts für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII S. 434 fg. gemeines Recht Deutschlands S. 193 Note 236, Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 44. 45, Stobbe Rechtsquellen. II S. 123.

[3] Das canonische Recht enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche Recht ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war nun zwar das canonische Recht nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmälig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische. Wie das römische Recht als Kaiserrecht, so trat das canonische Recht mit den Ansprüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. Stobbe II S. 134—136. („Für die Reception des canonischen Rechts fehlt es an eingehenden Untersuchungen", Stobbe I S. 610.)

[4] Dieselben sind aber für das Privatrecht nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatrecht wichtigsten bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 26. — Die Bundesacte und die Beschlüsse des früheren deutschen Bundes sind nicht Quellen des gemeinen deutschen Rechts; sie haben Geltung für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication. Seuff. Arch. XVIII. 103. Dagegen sind die Gesetze des neuen deutschen Reiches (Bundes) für das Gebiet desselben allerdings Quellen des gemeinen Rechts, und zwar absoluten gemeinen Rechts. Verfassung des deutschen Reiches Art. 2.

[5] Die Existenz gemeiner deutscher Gewohnheiten wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des römischen Rechts nur widerwillig und nur spärlich anerkannt. Erst allmälig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß in der gemeinen deutschen Gewohnheit eine dem recipirten fremden Rechte ebenbürtige Rechtsquelle enthalten sei. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rechtsentwicklung seit der Reception des römischen Rechts hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische Recht immer mehr zusammengenommen und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen Rechts erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrhunderts erwachend, (vgl. Stobbe Her-

Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen[6].

5. Durch die Auflösung des deutschen Reichs ist die Geltung des römischen Rechts in Deutschland nicht verändert worden[7]. — Daß das im Vorstehenden näher bezeichnete Recht Pandektenrecht genannt wird, hat einen historischen Grund; der Name hat sich aus jener Zeit erhalten, wo dieses Recht in der Form einer Exegese oder doch nach der Ordnung der Justinianischen Pandekten vorgetragen zu werden pflegte.

## II. Quellen des Pandektenrechts.

### §. 3.

Die Quellen des Pandektenrechts ergeben sich aus dem in den beiden vorigen Paragraphen Gesagten.

Die hauptsächlichste Quelle des Pandektenrechts bildet das römische Recht, in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification erhalten hat. Die Justinianische Codification zerfällt in 4 Theile: die Institutionen, die Pandekten, den Codex,

---

mann Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte, 1870), seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gediehen ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts anfing, den deutschrechtlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung auch äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatrechts — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte römische Recht ist deutsches Privatrecht, es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches Recht. Vgl. Beseler deutsches Privatrecht §. 9.

[6] In den Disciplinen des Kirchenrechts und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. gemeinen deutschen Privatrechts.

[7] Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reiches habe das römische Recht aufgehört, gemeines Recht für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte es in den einzelnen deutschen Staaten nur noch deßwegen, weil die Landesgesetzgebung derselben es beibehalten habe, also als Particularrecht (Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 171 fg. 205 fg., s. auch E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861] S. 80—81). Hiergegen ist mit Recht eingewendet worden (Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII S. 210—212. 218—220), daß nur für das gemeine Gesetzesrecht Erforderniß sei, daß die einzelnen Gebiete, für welche es gelte, zu einem

die Novellen[1]. Die Gesammtheit dieser Theile wird seit den Glossatoren Corpus iuris civilis genannt[1a].

Der Grund, weßwegen nur das Justinianische, weder das vorjustinianische, noch das nachjustinianische Recht die Quelle des Pandektenrechts bildet, ist, daß das römische Recht nur in derjenigen Gestalt in Deutschland recipirt worden ist, in welcher es die Schule von Bologna[2] lehrte, und dieser Schule war nur das Justinianische Recht bekannt.

Die Schule von Bologna hat aber nicht bloß das vor- und nachjustinianische Recht nicht gelehrt, sie hat auch nicht das ganze Justinianische Recht gelehrt. Das Kennzeichen Dessen, was sie

---

und demselben Staate gehören, nicht aber für das gemeine Gewohnheitsrecht; den Ausgangspunkt für das letztere bilde nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung des Volkes; auch vor dem Jahre 1806 habe das römische Recht nicht kraft der Reichsgewalt gegolten. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist, ob seit der Auflösung des deutschen Reiches eine gemeinrechtliche Fortbildung des römischen Rechts möglich gewesen ist, was Wächter leugnet.

§. 3. [1] Die Institutionen und die Pandekten haben Gesetzeskraft erhalten vom 30. December 533, der Codex (repetitae praelectionis) vom 29. December 534 an. Das Nähere über den Inhalt und die Einrichtung dieser Rechtsbücher wird hier als bekannt vorausgesetzt. Die Novellen sind einzelne, von Justinian nach Vollendung seiner Codification erlassene Gesetze.

[1a] Der Ausdruck, obgleich in dieser Verwendung neu, ist an und für sich ein gut römischer. Vgl. l. un pr. C. de rei ux. act. 5. 13. „Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam..“

[2] Im früheren Mittelalter war die Kenntniß des römischen Rechts selbst in denjenigen Ländern, in welchen seine Geltung nach dem Sturze des weströmischen Reiches nie ganz aufgehört hatte, eine sehr verdunkelte. Von Bologna ging mit dem Ende des 11. Jahrh., auf Grund der Wiederauffindung der echten Justinianischen Gesetzbücher, ein erneutes Studium des römischen Rechts aus, und nahm sehr bald einen außerordentlichen Aufschwung. Fortgesetzt wurde dieses Studium in den anderen Schulen, welche nach dem Muster der Schule zu Bologna in Italien, Südfrankreich, Spanien gestiftet wurden. Die in diesen Schulen ausgebildete Doctrin ist es, welche sich, wie über ganz Europa, so auch nach Deutschland verbreitete, für sie ist der in Bologna festgestellte Quellencanon immer maßgebend geblieben. Das Nähere über diese Dinge findet sich in dem classischen Werke von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7 Bde., 2. Ausg. 1834. 1850. 1851. Vgl. auch Böcking I. §. 24. Jetzt: Fitting über die s. g. Turiner Institutionenglosse und den s. g. Brachylogus. Halle 1870. Ficker über die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus iuris civilis. Wien 1871.

gelehrt hat, ist, daß es glossirt worden ist; daher das alte Rechtssprichwort: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia[4]. Daß Etwas nicht glossirt worden ist, hat seinen Grund theils darin, daß es in den Handschriften der Glossatoren fehlte, theils darin, daß sie es für unanwendbar hielten. In die erste Kategorie gehören namentlich die zahlreichen griechischen Constitutionen des Codex[5]; aus dem zweiten Grunde haben die Glossatoren von den 134 Novellen, welche sie besaßen[6], nur 96 glossirt[6a].

Von der andern Seite ist durch die Schule von Bologna

---

[3] Glossen sind Erklärungen, welche ein Rechtslehrer „seinem Exemplar des Textes in der Absicht beigeschrieben hatte, daß sie so wie andere Bücher erhalten, abgeschrieben und verbreitet werden sollten" (Savigny a. a. O. III S. 558). Die ursprünglichen Glossen sind durch die Zusammenstellung, welche der Glossator Accursius in der ersten Hälfte des 13. Jahrh. aus eigenen und fremden Glossen gemacht hat, vollständig verdrängt worden. Diese Zusammenstellung ist es, was man „die Glosse" (glossa ordinaria nennt. Savigny a. a. O. V S. 262—305.

[4] Ueber diese Regel und ihre fortwährende heutige Geltung s. Osenbrüggen in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 9 (1841). — In den Institutionen ist Alles glossirt, in den Pandekten Alles mit Ausnahme von l. 7 §. 5 — l. 11 de bon. damnat. 48. 20 und l. 10—19 de interd. et releg. 48. 22 (vgl. Note 5). Die nicht glossirten Stellen des Codex (vgl. Note 5) bei Böcking I Anh. S. *6, Vangerow I §. 6 Anm. 1, Arndts §. 2 Anm. 3; die nicht glossirten Novellen in Note 6[a].

[5] Die griechischen Constitutionen im Justinianischen Codex bilden etwa den 25. Theil der Gesammtzahl: sie wurden im Occident nicht abgeschrieben, weil man sie nicht verstand. Später sind sie aus kirchlichen Sammlungen und griechischen Quellen, so gut es gehen wollte, dem Wortlaut oder dem Inhalt nach, wiederhergestellt worden, s. g. leges restitutae. Vgl. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex (1830), Biener u. C. G. Heimbach Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex (1833.) — Die griechischen Stellen der Pandekten hatten die Glossatoren in einer lateinischen Uebersetzung von dem Pisaner Burgundio († 1194) (vgl. Glück XXXI S. 164 fg., Rudorff Recht der Vormundschaft II S. 2—5, Mommsen additam. IV zum 1. Band seiner Pandektenausgabe). Dagegen fehlte ihnen der Schluß von 48. 20 (l. 7 §. 5 — l. 11) und 22 (l. 10—19); auch diese Lücke ist erst später (dem Inhalt nach) aus den Basiliken ergänzt worden. — Von den Novellen in der folg. Note. — Gegen die Ansicht, daß auch den leges restitutae Gesetzeskraft zukomme, s. Savigny System I S. 70—75 und Osenbrüggen an der in Note 4 citirten Stelle.

[6] Justinian hat im Ganzen 166 Novellen erlassen, die meisten in griechischer Sprache; die Sammlung von 134 Novellen, welche die Glossatoren be-

Einiges in die Justinianische Sammlung hineingekommen, was ihr ursprünglich nicht angehörte, die s. g. Athenticae, Auszüge aus den Novellen und zum Theil aus Gesetzen deutscher Kaiser (Friedrich I. und Friedrich II.), welche hinter die dadurch abgeänderten Stellen des Codex eingerückt wurden[7]. Auch sie sind recipirt worden, aber nicht als Autorität gegen die Originale[8].

§. 4.

Es ist noch Einiges über die Ausgaben des Corpus juris zu sagen[1]. Die älteren Ausgaben geben nicht das Corpus juris

---

faßen, enthielt die griechischen in einer lateinischen Uebersetzung. Sie nannten diese Sammlung gegenüber der bis dahin allein gebrauchten Sammlung des Julianus, welche die einzelnen Novellen nur in einem Auszuge gab (daher die Bezeichnung epitome Iuliani), Authenticum, die einzelnen Stücke Authenticae. Später ist auch der griechische Novellentext wieder aufgefunden worden (in einer Sammlung von 168 Novellen, die jedoch nicht bloß Gesetze von Justinian enthält); ihm und den von ihm gemachten lateinischen Uebertragungen gegenüber heißt der Text der Glossatoren die (versio) vulgata. Für die praktische Anwendung muß im Widerspruchsfall die Vulgata vorgezogen werden, um so mehr, als ihre Abweichungen nicht bloß auf Verschiedenheit der Auffassung, sondern theilweise auf einer Verschiedenheit des ursprünglichen griechischen Textes oder Aenderungen der Glossatoren beruhen. Vgl. II §. 342 Note 13. S. über diese Frage Osenbrüggen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 11, Sintenis I S. 13. 14, Vangerow I §. 6 Anm. 2, Puchta §. 4. b, Brinz 2. Aufl. S. 20. Für den Vorzug der Vulgata Seuff. Arch. XIX. 103. Erläuterung der Vulgata aus dem griechischen Urtext: vgl. z. B. III §. 590 Note 3. 7. — Das Nähere über die verschiedenen Sammlungen, in welchen die Novellen auf uns gekommen sind, bei Biener Geschichte der Novellen Justinian's (1824). S. auch Böcking I S. 66. 67 und Anh. IV.

[6a] Nicht glossirt sind: Nov. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126 129. 130. 133 135—142. 144—158. 160—168. — Wenn Andere 97 Novellen als glossirte zählen, so beruht dies darauf, daß sie Nov. 150 mit rechnen, die aber nicht als solche glossirt ist, sondern nur in ihrem in Nov. 143 enthaltenen Auszug.

[7] Der Name erklärt sich aus der Bezeichnung, welche die Glossatoren für die Novellen selbst gebrauchten. S. Note 6. Aehnliche Auszüge finden sich übrigens auch in Handschriften und Ausgaben der Institutionen und in Handschriften der Novellen. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im MA III S. 527—533. IV S. 42—62.

[8] „Es würde . . . dem Sinne der Aufnahme der Authentiken völlig entgegen sein, wenn man aus ihnen einen Widerstreit gegen den Novellentext begründen wollte". Savigny System I S. 68. d.

§. 4. [1] Die hier gemachten Bemerkungen verfolgen nur den Zweck einer Orien-

als Ganzes, sondern nur einzelne Theile desselben, oder auch alle einzelnen Theile desselben, aber nur als einzelne[2]. Die erste Gesammtausgabe unter dem Titel Corpus iuris civilis ist die von Dionysius Gothofredus 1583. Bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts sind sämmtliche Ausgaben glossirt, seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist keine glossirte mehr erschienen. Unter den nicht glossirten Ausgaben war bis in die neuere Zeit die verbreitetste die genannte des Dionysius Gothofredus; vielfach abgedruckt, liegt sie auch den gleichfalls oft gedruckten und nachgedruckten Ausgaben von Simon van Leeuwen und von Freyesleben zu Grunde; sie verdient noch immer Beachtung, weniger wegen ihres Textes[3], als wegen der in ihren Noten enthaltenen Parallelstellen[4]. Die neueren Ausgaben sind: 1) die von Gebauer und (nach dessen Tode)

---

tirung über das Hauptsächliche. Genaueres bei Böcking I Anh. V, Erxleben Einleit. in d. röm. Privatr. §. 40.

[2] Die dabei (in den glossirten Ausgaben) regelmäßig zu Grunde gelegte Eintheilung des Textes ist folgende. 1. Digestum vetus (—XXIV. 2). 2. Infortiatum (—XXXVIII). 3. Digestum novum (—L). 4. Codex (die neun ersten Bücher des Codex). 5. Volumen oder volumen parvum (die drei letzten Bücher des Codex, Novellen, Institutionen). Ueber den Grund der Eintheilung der Pandekten (stückweises Bekanntwerden derselben? Abgrenzung der volumina in der den Bolognesischen Handschriften zu Grunde liegenden Urhandschrift? oder Beides?) vgl. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III S. 422—442, Mommsen in der Vorrede zu seiner Pandektenausgabe p. XLVI. LXIV. LXXII.

[3] Hervorzuheben ist die Gestalt, welche die Novellen in ihr haben; sie gibt nicht die Vulgata, sondern die Sammlung von 168 Novellen (§. 3 Note 6), in einer lateinischen Uebersetzung nach der Ausgabe des Contius von 1571. Diese Uebersetzung ist bei 96 Novellen die der Vulgata, welche aber Contius nicht unverändert ließ; bei den übrigen rührt sie aus anderen Quellen her. In dieser Gestalt finden sich die Novellen in allen unglossirten Ausgaben seit Contius bis auf die neueste Zeit (vgl. Note 7), und in dieser Gestalt werden sie noch heutzutage citirt. Von Contius rührt auch die jetzt gebräuchliche Kapiteleintheilung her.

[4] Auf dieses Hülfsmittel der Interpretation können namentlich Studirende nicht dringend genug aufmerksam gemacht werden. Aber auch Fortgeschritteneren wird das von Gothofredus Gebotene häufig wenigstens für den ersten Anlauf genügen. — Nach Buchhändleranzeigen (s. auch Jahrb. d. gem. Rechts V S. 408) beabsichtigte der verstorbene Keller eine neue Ausgabe des Corpus Juris, die ihren hauptsächlichen Werth in einer auserlesenen Sammlung von Parallelstellen haben sollte. Daß dieses Werk nicht

Spangenberg (1776. 1797)[5]; 2) die von Beck (1825—1836); 3) die von den Gebrüdern Kriegel, der Codex von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen (1828—1843)[6]. 4) Die von Schrader unternommene große Ausgabe ist nicht über die Institutionen (1832) hinaus gediehen. 5) Eine allen Anforderungen der Kritik entsprechende Ausgabe der Pandekten von Th. Mommsen liegt gegenwärtig vollendet vor[7]. Von einer

---

zu Stande gekommen ist, ist nicht der geringste unter den Verlusten, welche die Rechtswissenschaft durch den Tod dieses ausgezeichneten Gelehrten und Juristen erlitten hat.

[5] Diese Ausgabe war bisher namentlich dadurch werthvoll, daß sie die Pandekten in dem reinen Florentinischen Text (Note 7) wiedergibt, sie ist aber auch in dieser Beziehung neuerdings überholt worden (Note 7). — Die Novellen erscheinen in dieser Ausgabe außer in dem lateinischen Text des Contius auch in dem griechischen Text, und in einer neuen Uebersetzung desselben durch J. Fr. Hombergk zu Vach, — eine werthvolle Zugabe, da die Vulgata auch in der Contius'schen Recension häufig unverständlich ist.

[6] In der Kriegel'schen Ausgabe ist namentlich für den Codex viel geschehen. Bei den Novellen haben sowohl die Beck'sche als die Kriegel'sche Ausgabe die Recension des Contius verlassen. Sie geben: 1) beide den griechischen Text mit der Hombergk'schen Uebersetzung, die aber in der Kriegel-schen Ausgabe vielfach verbessert ist, 2) die Kriegel'sche Ausgabe dazu die Vulgata, Beck den liber Authenticarum in seiner ursprünglichen Ordnung, aber nicht mit dem reinen Text der Vulgata.

[7] Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen. Berolini apud Weidmannos 1870. Die erste Lieferung ist erschienen 1866. Vgl. über diesen Ausgabe Rudorff Zeitschr. f. RGesch. VI. S. 418 fg., Zachariae das. X S. 165 fg. Kürzerer Abdruck zum Handgebrauch, dazu die Institutionen von Krüger, 1868—1872. Vgl. darüber Meischeider krit. VI Schr. XII S. 146 fg. In dieser Ausgabe ist der Florentinische Text (lectio Florentina), d. h. der Text einer aus dem 6. oder 7. Jahrh. stammenden (Mommsen praef. p. XXXX, Zachariae a. a. O. S. 168), früher in Pisa, gegenwärtig in Florenz in der Laurentianischen Bibliothek (seit 1786, vordem im palazzo vecchio) aufbewahrten Handschrift, nach einer neuen sorgfältigsten Collation wiedergegeben. Von der bezeichneten Handschrift pflegt man diejenigen Handschriften, welche den durch die Glossatoren festgestellten Text enthalten (vgl. hierzu Brinz 2. Aufl. S. 31), als Vulgathandschriften (lectio vulgata) zu unterscheiden. Es ist natürlich für die Kritik des Pandektentextes eine schlechthin entscheidende Frage, ob diesen Vulgathandschriften, von denen keine älter ist als das 11. Jahrh., eine von der Florentinischen Handschrift unabhängige Urhandschrift zu Grunde liegt, oder ob sie sämmtlich ihre Quelle

durch den Genossen Mommsens bei dieser Arbeit, P. Krüger, unternommener neuen Ausgabe des Codex ist bisher Eine Lieferung, die beiden ersten Bücher enthaltend, erschienen[8].

§. 5.

Die ferneren Quellen des Pandektenrechts sind:

1) das canonische Recht. Recipirt ist aber nur das s. g. Corpus iuris canonici clausum, welches aus folgenden Stücken besteht. a) Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum), eine Privatarbeit eines Camaldulensermönches aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, bestehend aus Sätzen des Verfassers, zu deren Bewahrheitung Stellen aus der heiligen Schrift, den Kirchenvätern, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, dem römischen Recht und fränkischen Capitularien citirt werden; recipirt sind nur diese Citate, nicht jene Sätze (dicta Gratiani)[1]. b) Die

---

in der Florentinischen Handschrift haben. Das Hauptmoment für die Beantwortung dieser Frage ist, daß sich in den Vulgathandschriften eine Reihe von Ergänzungen des Textes der Florentina finden, welche unmöglich auf Conjectur beruhen können (s. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III. S. 455 fg., aber auch Biener das. VII S. 82 fg. und Th. Mommsen Jahrb. d. gem. R. V S. 416 fg. und praef. p. LXX.). Auf Grund dieser Thatsachen nimmt Savigny a. a. O. und mit ihm die bisher herrschende Meinung an, daß allerdings die Vulgathandschriften (ganz oder in einzelnen Theilen) auf einer von der Florentina unabhängigen Urhandschrift beruhen. Dagegen geht die Ansicht, welche jetzt Th. Mommsen (praef. p. XLVI sqq., vgl. dens. Jahrb. d. gem. R. V. 18), vertheidigt, dahin, daß auch die Mutterhandschrift der Vulgathandschriften eine Abschrift der Florentina gewesen, daß aber diese Mutterhandschrift aus einer anderen Urhandschrift an einigen wenigen Stellen, welche nicht über das 34. Buch hinausgehen, ergänzt und verbessert worden sei.

[8] Codex Justinianus. Recognovit Paulus Krueger. Fasc. I. Berolini apud Weidmannos 1873.

[1] Die einzelnen im decrêtum Gratiani enthaltenen Quellenstellen werden canones genannt. Das decretum zerfällt in 3 partes. Die erste pars ist in 101 distinctiones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 1 Dist. 11. In der zweiten pars werden 36 Rechtsfälle (causae) vorgetragen, bei jedem Rechtsfall werden Fragen (quaestiones) aufgeworfen, und auf Grund von canones gelöst; Citirart: z. B. c. 1 C. 13 qu. 2. Nur die 3. quaestio bei der 33. causa, welche einen tractatus de poenitentia enthält, ist zuerst in 7 distinctiones, und diese erst sind in canones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 21 Dist. 3 de poenitentia. Die dritte pars ist wieder bloß in (5) distinctiones eingetheilt; zur Unterscheidung von der ersten pars citirt man mit dem Zusatz de consecratione, von welcher Materie die erste distinctio handelt, also z. B. c. 25 Dist. 5 de consecratione.

von Gregor IX. 1234 veranstaltete Sammlung von päpstlichen Erlassen (Decretalen)[1a]. c) Die Decretalensammlung Bonifacius VIII., der s. g. liber sextus, publicirt 1298, bestehend hauptsächlich aus Decretalen von Gregor IX. bis Bonifacius VIII. d) Die s. g. Clementinen, eine Sammlung von Decretalen von Clemens V., publicirt 1313[2]. — Die in diesen Sammlungen nicht enthaltenen (extravagantes) Decretalen gehören zum Corpus iuris canonici clausum nicht, und sind nie zu allgemeinem Ansehn gelangt[3]. Dagegen sind noch wichtig für das gemeine Civilrecht (hauptsächlich das Eherecht) die Schlüsse des Tridentiner Concils[4]. — Ausgaben des Corpus iuris canonici: von Böhmer (1747), von Richter (1833—1839).

2) Die deutschen Reichsgesetze: Reichsabschiede (R.A.), Reichsschlüsse (R.S., seit 1654) Reichsordnungen (R.O.)[5]. Sammlungen in der Note[6]. Ferner die Gesetze des 1867 und 1870 errichteten neuen deutschen Bundes (Reiches)[6a].

---

[1a] Als solche erscheinen auch die von den Päpsten publicirten Concilienbeschlüsse.

[2] Alle drei Decretalensammlungen zerfallen in 5 Bücher (deren Inhalt im Allgemeinen der Memorialvers angibt: iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen), diese in Titel; die einzelnen in den Titeln enthaltenen Stücke heißen capita. Die Sammlung Gregor IX. wird mit X bezeichnet, welches extra bedeutet (nämlich decretum). Die Sammlung Bonifacius VIII. heißt liber sextus deßwegen, weil sie sich als eine Fortsetzung der früheren Sammlung darstellt. Citirart: c. 1 X. de fide instr. 2. 23; c. 1. in VI° de usuris 2. 9; c. 1 in Clem. de testib. 2. 8, oder cl. 1 de testib. 2. 8.

[3] Es gibt von ihnen zwei Sammlungen. a) Extravagantes Joannis XXII. b) Die s. g. extravagantes communes, von Urban IV. bis Sixtus IV. Richter Kirchenrecht (Ausgabe von Dove) §. 58.

[4] Welches aber nur an denjenigen Orten (in denjenigen Pfarreien) gilt, wo es publicirt worden ist. Vgl. Uihlein Arch. f. civ. Pr. XIII S. 127—129.

[5] Ueber den gemeinrechtlichen Charakter derselben vgl. Stobbe Rechtsquellen II S. 186. deutsch. Privatr. I S. 64. — Die Rheinbundsacte Art. 2 hat zwar aufgehoben: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérenissimes les Rois et les princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux"; aber diese Bestimmung hatte nur die staatsrechtlichen auf den deutschen Reichsverband sich beziehender Verhältnisse im Auge, und ist von den Regierungen und Gerichten nie in anderem Sinne angewendet worden.

[6] Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747. IV. Fol. Gerstlacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer

3) Das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht. Dasselbe tritt hervor (§. 16) theils in der Uebung des Volkes, theils in der Uebung der Juristen (Rechtsbelehrungen, Rechtsgutachten, Urtheile)[7]. Als Zeugnisse für dasselbe sind wichtig die Schriften, welche das gemeine deutsche Recht in derjenigen Gestalt, wie es praktisch angewendet wird, darstellen wollen[8].

## III. Bedeutung des Pandektenrechts.

### §. 6.

Die Bedeutung des Pandektenrechts besteht zunächst darin, daß es für einen großen Theil Deutschlands in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen mit Gesetzeskraft gilt.

Diese Geltung des Pandektenrechts in Deutschland ist zwar seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts durch Erlaß neuer

---

Ordnung. Karlsruhe 1786—1794. XI. 8. (der 10. Theil enthält das Privatrecht). Emminghaus Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum. Jena 1824. 2. Aufl. 1844. II. 8.

[6a] Verfassung des deutschen Reiches Art. 2, vgl. Stobbe deutsch. Privatr. I S. 69—71.

[7] Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Vgl. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. 8. Hempel lexicon iuridico-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756. X. fol. Litt. A—Ed. Girtanner Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht. Jena 1855. 8. Nachweisungen der einzelnen Sammlungen in Lipenii Bibliotheca realis iuridica und deren Supplementen (§. 12 Note 1) unter den genannten Worten; eine Uebersicht bei Maurenbrecher deutsches Privatrecht 2. Aufl. I S. 78 fg., Vangerow I §. 10[a]. Die neuere Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe enthält folgende höchst verdienstvolle Sammlung: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Herausgegeben von J. A. Seuffert, seit dem 9. Bande von J. A. Seuffert und E. A. Seuffert, seit dem 12. von Letzterem allein, seit dem 16. von A. F. W. Preusser. Seit 1847; bisher 27 Bde. 8. Neuer Abdruck in Lexiconformat, in welchem ein Band je 5 Bände der ersten Ausgabe enthält, seit 1866. Besondere Sammlungen für die neuere Praxis bei Maurenbrecher a. a. O. und Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 21 Note 9. 12, Puchta §. 6[a] Note e, Beseler deutsch. Privatr. §. 42 Nr. IV.

[8] Für die frühere Zeit sind hervorzuheben die §. 12 unter A. 5. 6 näher bezeichneten Werke von Schilter und Stryk, ferner A. de Leyser Meditationes ad Pandectas, 1717 sqq., XIII voll.

Gesetzbücher in erheblichem Maße eingeschränkt worden[1]. Aber auch soweit dieß geschehen ist, hat das Pandektenrecht kaum an Bedeutung verloren. Denn die Gesetzbücher, welche an seine Stelle getreten sind, haben zur wesentlichen Grundlage das römische Recht[2], oder doch die Ansichten ihrer Verfasser darüber, was der wahre Inhalt des römischen Rechts und was davon anwendbar sei, so daß sowohl das richtige Verständniß dieser Gesetzbücher, als die Möglichkeit ihrer Verbesserung eine genaue Kenntniß des römischen Rechts und seiner heutigen Anwendbarkeit zur wesentlichen Voraussetzung hat[3].

Aber auch abgesehen von einer irgendwelchen, früheren oder gegenwärtigen, gesetzlichen Geltung hat das römische Recht eine nicht hoch genug anzuschlagende Bedeutung für ganz Europa,

---

§. 6. [1] Für Preußen, mit Ausnahme weniger Gebiete [abgesehen von den neu erworbenen], gilt das „allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" (1794), für Oesterreich das „allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie" (1811), für das K. Sachsen das „bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" (1863. 1865). Außerdem gilt das französische Gesetzbuch für die deutschen Länder am linken Rheinufer, für einen kleinen Theil der rechtsrheinischen Seite der Preußischen Rheinprovinz (das ehemalige Herzogthum Berg), und in einer Uebersetzung mit Zusätzen als „Badisches Landrecht" für das Großherzogthum Baden. Vorbereitungen neuer Gesetzbücher im Großherzogthum Hessen (der Entwurf gedruckt in 4 Abtheilungen, Darmst. 1842—1853) und im Königreich Bayern (ein Theil des Entwurfs gedruckt, München 1861. 1862), so wie ein von einer in Dresden tagenden Commission ausgearbeiteter „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse" (publicirt 1864. 1866), haben zu keinem Resultat geführt. — Das 1756 für Bayern publicirte „Churbayerische Landrecht" (Codex Maximilianeus bavaricus civilis) will auf der einen Seite in der Hauptsache nur den Inhalt des geltenden (gemeinen und statutarischen) Rechts in anderer Ordnung und Sprache wiederholen, und schließt andererseits die subsidiäre Geltung der fremden Rechte nicht aus. — Für das Wechselrecht gilt jetzt in allen deutschen Staaten, die „allgemeine deutsche Wechselordnung" (1847), für das Handelsrecht das „allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" (1861), und zwar in den Staaten des neuen deutschen Reiches (Bundes) als absolutes gemeines Recht. S. das Gesetz des norddeutschen Bundes vom 5. Juni 1869 und die Verträge mit den übrigen deutschen Staaten vom 15. 23. 25. November 1870. Reichsgesetz vom 22. April 1871.

[2] Das ist selbst für das französische Gesetzbuch wahr, in welchem, als einem aus der Revolution hervorgegangenen Werke, man am Ehesten einen vollständigen Bruch mit dem früheren Recht zu finden erwarten könnte.

ja für die ganze civilisirte Welt[3]. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal deßwegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen Volksgeistes beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat, — daher unmittelbar verwerthbar, wo civilisirte Menschen zusammenleben[4]. Sodann deßwegen, weil, ganz abgesehen von seinem Inhalt, das römische Recht durch seine formale Ausbildung berufen ist, Muster und Schule des juristischen Denkens und juristischen Schaffens zu sein. Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraction scheitert: so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden[5].

---

Namentlich das Obligationenrecht ist zu einem großen Theil wenig mehr, als ein Auszug aus den verschiedenen traités von Pothier.

[3] Die Modificationen, welche seine Geltung als gemeines Recht für Deutschland bedingen, kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Es ist dieß nicht sowohl eine Bedeutung des Pandektenrechts, als des im Pandektenrecht enthaltenen römischen Rechts.

[4] Vorzugsweise — obgleich bei Weitem nicht allein — gehören hierher die Sätze, durch welche der Inhalt der Willenserklärungen, der ohne Vergleich wichtigsten Gründe der in den Privatrechtsverhältnissen eintretenden Veränderungen, auseinandergelegt wird. Z. B. was ist der Inhalt eines Kaufgeschäftes, eines Miethgeschäftes? Was heißt Bedingung, Befristung?

[5] Ueber den Werth des römischen Rechts ist seit der Zeit, wo die Entwickelung der neueren Philosophie die unbedingte Verehrung, welche ihm bis dahin gezollt worden war, durchbrochen hat, viel gestritten worden, und noch jetzt begegnet man Ansichten, welche nach den Extremen auseinanderschwanken. Wenn auf der einen Seite das römische Recht als das absolute Recht gepriesen wird (S. Lenz über die geschichtliche Entstehung des Rechts 1844),

Endlich ist die wissenschaftliche Behandlung, welche dem römischen Recht seit der Wiedererweckung seiner Kunde in dem neueren Europa zu Theil geworden ist, die Grundlage aller Privatrechtswissenschaft, und in gewissem Maaße aller Rechtswissenschaft geworden. Das römische Recht hat lange Zeit den weitaus überwiegenden Theil aller rechtswissenschaftlichen Kräfte auf sich vereinigt, und der selbständige Ausbau der übrigen Rechtsdisciplinen, und vor Allem der Disciplin des deutschen Privatrechts, beruht in wesentlichem Maße auf der in dieser Schule gewonnenen Ausbeute nicht bloß von formeller Geistesbildung, sondern auch von materiellen Rechtsbegriffen und Rechtswahrheiten.

## VI. Literatur.

### §. 7.

Die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts hat seit ihrer Wiedererweckung in der Schule von Bologna sehr ver-

---

hört man auf der anderen Seite versichern, daß dasselbe auf einer principiell verwerflichen Grundlage beruhe (C. A. Schmidt [von Rostock] der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht, 1. [einziger] Band 1853). Das römische Recht verdient nicht jenen Preis und nicht diesen Tadel. Das römische Recht ist nicht das absolute Recht; ein absolutes Recht gibt es nicht; auf dem Gebiet des Rechts wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengeistes. Aber das römische Recht ist das Resultat der Rechtsarbeit desjenigen Theils der Menschheit, dem unter allen Völkern, welche bisher in der Geschichte aufgetreten sind, die größte Begabung für die Cultur des Rechts zu Theil geworden war. Das römische Recht ist nicht **das** Recht, so wenig wie die griechische Kunst **die** Kunst ist; aber das geistige Kapital der Menschheit ist durch die griechische Kunst nicht in höherem Maße bereichert worden, als durch das römische Recht. Vgl. §. 10 Note 4. — Ein richtiges Urtheil über den Werth und die Bedeutung des römischen Rechts zu begründen, ist vor Allem geeignet die von Jhering in seiner Schrift über den Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung (1. Bd. 1852, 2. Bd. 1854. 1858, 3. Bd. 1. Abth. 1865, 2. Aufl. 1866. 1868. 1871, 3. Aufl. 1. Bd. 1873) unternommene, auf die Darlegung der letzten und eigentlichen Gedanken des römischen Rechts gerichtete Arbeit. Außerdem sind aus der hierher gehörigen Literatur noch zu nennen: K. D. A. Röder Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (1855). Fr. v. Hahn die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien (1856; der Form nach Gegenschrift gegen die oben genannte Schrift von Schmidt).

schiedene Stadien durchlaufen. Es soll hier eine übersichtliche Darstellung der Geschichte ihrer Entwickelung gegeben werden[1].

Was zunächst die Schule von Bologna selbst angeht, so war die Hauptthätigkeit der Lehrer derselben, in Vorlesungen und Schriften, exegetischer Natur; davon (von dem Glossiren des Textes) haben sie auch ihren Namen Glossatoren. Das Resultat ihrer Arbeit verdient noch jetzt unsere Anerkennung; indem sie nicht bei den einzelnen auszulegenden Stellen stehen blieben, sondern dieselben mit anderen auf den gleichen Gegenstand bezüglichen Stellen des Corpus Juris in Verbindung brachten, haben sie für das Verständniß der Quellen Bedeutendes geleistet. Ihr Mangel besteht darin, daß ihre Behandlungsweise nicht zugleich eine geschichtliche war; es fehlte ihnen in gleichem Maße an geschichtlichen Kenntnissen, wie an geschichtlichem Sinn; für sie war der Inhalt des römischen Rechts nicht das Resultat einer durch Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, sondern lediglich die Gesetzgebung Justinians[2].

Mit der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. trat, während dieser Mangel fortdauerte, ein Verfall der bisherigen Bestrebungen ein. Derselbe zeigt sich in einem Zwiefachen: zunächst in einem Mißbrauch dialectischer Formen, wodurch an die Stelle des Eingehens

---

[1] Das Nähere ist, was die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrh. angeht, erschöpfend dargestellt in dem in §. 3 Note 2 genannten Werke Savigny's: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Für die folgende Zeit fehlt es an einer genügenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte überhaupt und der des römischen Rechts insbesondere. Die Schrift von Hugo: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (des civilistischen Cursus 6. Band), 3. Aufl. Berlin 1830, ist viel mehr Geschichte der Schriftsteller, als der Wissenschaft. Eingehender wird der wissenschaftliche Charakter der Schriftsteller und ihr Verdienst gewürdigt in: Haubold institutiones iuris Romani litterariae, 1. (einziger) Band. Lipsiae 1809.

[2] Vgl. Savigny a. a. O. V S. 222—240. — Unter den Glossatoren sollen hier die namhaftesten derjenigen, von welchen Glossen herrühren, genannt werden: es sind: Irnerius, der Stifter der Schule, um 1100; Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo, zusammen die quatuor doctores genannt, um die Mitte des 12. Jahrh.; Rogerius, zweite Hälfte des 12. Jahrh.; Placentinus + 1192; Johanes Bassianus, des Vorigen Zeitgenosse; Pillius, etwas später; Azo + nach 1220; Hugolinus + 1233. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. IV Bd. V S. 1—262.

auf das Wesen der Sache ein hohler Formalismus gesetzt wurde, sodann darin, daß der Blick sich von den Quellen abwandte und hauptsächlich auf Dasjenige richtete, was Andere, namentlich die Glosse, über die Quellen gesagt hatten; weßwegen man auch die Juristen dieser Periode die Commentatoren zu nennen pflegt. Dazu kommt eine unerträgliche Weitläufigkeit und Geschmacklosigkeit der Darstellung, welche die Schriften dieser Zeit fast unlesbar macht. Dieser Zustand dauerte durch das 14. und 15. Jahrh. hindurch; die bereits seit dem 14. Jahrh. wieder erwachende und im 15. mit Eifer gepflegte Alterthumswissenschaft blieb zunächst auf die Jurisprudenz ohne Einfluß, und nur durch die Einwirkung der Praxis wurde ihr seit dem 14. Jahrh. wieder einiges Leben zugeführt und erhalten[3].[4]

## §. 8.

Erst im 16. Jahrh. kam eine bessere Methode zur Herrschaft. Indem die neu erlangte Kunde des Alterthums nun auch für die Rechtswissenschaft verwerthet wurde, brach sich zum ersten

[3] Savigny a. a. O. V. S. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI S. 1—25. In Betreff der Verdrängung der echten Quellen durch die Glosse ist merkwürdig eine Aeußerung des Commentators Rafael Fulgosius (+ 1427). „Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?“ (Raf. Fulgosius in l. Si in solutum C. de oblig. et act., bei Heineccius hist. iur. §. 417). Das ging immer weiter. In einer Stelle aus einem handschriftlichen Werke des 15. Jahrh. (bei Savigny a. a. O. V S. 299 Note g) heißt es: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas“. Es kam vor, daß in den Vorlesungen während eines Jahres nur 5 Stellen des Corpus Juris behandelt wurden, und es gab Lehrer, die sich mit der Erläuterung einer Titelrubrik zwei Monate beschäftigten. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

[4] Die (für das römische Recht) namhaftesten Commentatoren sind: Odofredus + 1265, Cinus 1270—1334, Albericus de Rosciate + nach 1350, Bartolus 1314—1357, Baldus 1327—1400, Jason 1435—1519. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. V in der zweiten Hälfte und Bd. VI.

Mal das Bestreben Bahn, den Sinn des römischen Rechts auf Grund der Einsicht in seine historische Entwickelung zu begreifen. Der Sitz dieser Bestrebungen ist vorzugsweise Frankreich, weßwegen man auch von einer französischen Schule spricht; der größte Name derselben ist der des Jacobus Cujacius[1]. Neben dieser historischen Richtung macht sich aber auch bereits eine systematische geltend; nach dieser Seite reiht sich an den Namen des Cujacius ebenbürtig der des Hugo Donellus an[2].

Von diesem Aufschwunge der Wissenschaft ist Deutschland weniger berührt worden, als andere Länder[3]. Während die Richtung der französischen Schule namentlich in den Niederlanden das 17. und 18. Jahrh. hindurch mit Eifer, freilich nicht immer

---

[1] Jacques Cujas, geb. 1522 gest. 1590. Die Beschreibung seines Lebens von Berriat-Saint-Prix steht hinter dessen Geschichte des römischen Rechts, deutsch von Spangenberg (1822). Gesammtausgabe seiner Werke c. Fabroti Paris. 1658. X. f., Neap. 1722 sq. XI. f., das. 1757. XI. f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI. f. Dazu: Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1763. II. f., Mut. 1795. II. f. Vgl. Thibaut Arch. f. civ. Pr. XIII. 11. 21. §. 8.

[2] Hugues Doneau (d'Onneau? vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 141 Note 71), geb. 1527 gest. 1591. Seine „Commentarii iuris civilis" sind nicht die erste systematische Darstellung des römischen Rechts (schon vor ihnen erschien eine solche unter gleichem Titel von Franciscus Connanus 1553), aber eine Darstellung von der Art, daß sie noch jetzt auf Beachtung vollen Anspruch hat. Das Werk, von dem Verfasser nicht vollendet, ist vollständig erst nach seinem Tode von seinem Schüler Scipio Gentilis herausgegeben worden. S. §. 12. B. 2. Eine Gesammtausgabe seiner Werke c. Pellegrini, Lucae 1762 sq. XII. f. Eyssel Doneau sa vie et ses ouvrages. Dijon 1860. (Uebersetzt aus dem Lateinischen von M. J. Simmoneti.) Stintzing Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869. Ratjen Zeitschr. f. RGesch. VIII S. 282 fg. — Neben Cujacius und Donellus mögen hier aus der französischen Schule noch genannt werden: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, und dessen größerer Sohn Jacobus Gothofredus 1587—1652, der berühmte Commentator des Codex Theodosianus.

[3] Doch gehört der älteste unter den namhaften deutschen Juristen, Ulrich Zasius 1461—1535, zu den Gründern und Führern der neuen Schule. Vgl. überhaupt Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II S. 22—44, und über Zasius insbesondere die Schrift von Stintzing: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 Bde., und sonst.

mit dem nöthigen praktischen Sinne, gepflegt wurde[4], lenkte in Deutschland das Bedürfniß früh das Hauptaugenmerk auf das Bestreben, das römische Recht für die Anwendung in den Gerichten zurechtzumachen. Dieses Bestreben füllt das 16. 17. und 18. Jahrh. aus. Die Schriftsteller dieser Periode, die s. g. Praktiker, haben für die tiefere Einsicht in den wahren Sinn des römischen Rechts nicht viel geleistet; ihr Verdienst und ihre Bedeutung liegt aber darin, daß sie dem römischen Recht gegenüber vielfach einheimische und moderne Rechtsanschauungen zur Geltung gebracht haben, wodurch denn das römische Recht diejenige Gestalt erhalten hat, in welcher es in Wirklichkeit für uns gilt[5]. — Der Einfluß der neueren Philosophie, welche sich in Deutschland seit dem letzten Viertel des 17. Jahrh. geltend macht (Periode des s. g. Naturrechts), hat die Ausbildung der allgemeinen Begriffe und die systematische Auffassung des römischen Rechts gefördert, er hat auch nicht wenig dazu beigtragen, ein unbefangenes Urtheil über die dem römischen Recht in Deutschland gebührende Stellung zu begründen: auf die tiefere Erkenntniß seines Inhalts hat er eher ungünstig als günstig gewirkt. — Die namhaftesten civilistischen Schriftsteller Deutschlands bis zum Schlusse des 18. Jahrh. sind in der Note[6] genannt.

[4] Aus der niederländischen Schule seien hier genannt: Arnold Vinnius 1588—1657, Ulr. Huber 1636—1694, Joh. Voet 1647—1714, Ger. Noodt 1647—1725, Anton Schulting 1659—1734, Ortw. Westenberg 1667—1737 (ein geborener Deutscher).

[5] Vgl. Bruns im Jahrb. des gem. R. I S. 90—92.

[6] Joach. Mynsinger + 1588, Andreas Gaill 1526—1587, Matthäus Wesembeck 1531—1586 (ein geborener Niederländer), Herm. Vultejus 1555—1634, Joh. Harpprecht 1560—1639, Christoph Besold 1577—1638, Rein. Bachov von Echt + 1635, Matth. Berlich + 1638, Bened. Carpzov 1595—1666, Joh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolfg. Ad. Lauterbach 1618—1678, Ge. Ad. Struve 1619—1692, Joh. Schilter 1632—1705, Sam Stryk 1640—1701, Christ. Thomasius 1655—1728, J. H. v. Berger 1657—1732, Just. Henn. Böhmer 1674—1749, J. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, J. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Leyser 1683—1752, Dav. Ge. Strube 1694—1775, Fr. Es. v. Pufendorf (1707—1785), Ge. Ludw. Böhmer 1715—1797, Joh. Aug. Hellfeldt 1717—1782, Joh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749—1793, Phil. Fr. Weis 1766—1808, der Lehrer Savigny's, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

## §. 9.

Eine neue Belebung der Wissenschaft des römischen Rechts und der Rechtswissenschaft überhaupt ging mit der Scheide des 18. und 19. Jahrh. von dem gleichen Punkte aus, von welchem ihr bereits im 16. Jahrh. neues Leben zugeflossen war; es wurde die geschichtliche Betrachtung wieder in ihre Rechte eingesetzt. Das römische Recht wurde wieder erfaßt als das Resultat einer durch lange Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwickelung, und in dieser Entwickelung suchte und fand man den Aufschluß über den wahren Sinn der Bestimmungen des Corpus juris. Deßwegen heißt auch die neue Schule, welche um die angegebene Zeit aufkam, die historische Schule. Der Grund derselben wurde bereits gelegt durch Gustav Hugo (1764—1844)[1], ihr größter Name und anerkanntes Haupt ist Friedrich Carl von Savigny (1779—1861)[2]. Von der historischen Schule des 16. Jahrhunderts unterscheidet sich diese neuere historische Schule vornehmlich durch die Energie ihres Bestrebens, die Rechtssätze als das Product der in den thatsächlichen Verhältnissen liegenden Kräfte und Bedürfnisse zu begreifen und auf diesem Wege ihr inneres Leben zu ergründen, und durch die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Sätzen des

---

[1] Vgl. Savigny, der zehente Mai 1788, Zeitschr. f. gesch. RW. IX. 13. §. 9.

[2] Savigny hat nicht bloß das Programm der historischen Schule formulirt (s. §. 10 Note 1), sondern schon vorher hatte er durch die Bearbeitung einer einzelnen Lehre (die Lehre vom Besitze 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl. nach des Verf. Tode 1865) ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts gegeben. Seine Hauptwerke sind außerdem die bereits genannte „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter" und sein „System des heutigen römischen Rechts" (§. 11). Vgl. v. Scheurl Einige Worte über Friedr. Carl v. Savigny (1850). Arndts Rede zur Feier des Andenkens an Friedr. Carl von Savigny, gehalten am 31. Oct. 1861, krit. VJSchr. IV S. 1 fg. Heydemann Rede bei der von der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 29. November 1861 veranstalteten Savignyfeier, deutsche Gerichtszeitung 1861 Nr. 90. Jhering Friedrich Carl von Savigny, Jahrb. f. Dogm. V. 7 (1861). Stintzing Friedrich Carl von Savigny (1862). Rudorff Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Zeitschr. f. RGesch. II S. 1—69 (1863). v. Bethmann-Hollweg Erinnerung an Friedrich Carl

römischen Rechts. In dieser letzteren Beziehung verdient namentlich genannt zu werden Georg Friedrich Puchta (1798—1846), der bedeutendste unter den Schülern Savigny's[3].

Die geschichtliche Behandlung des römischen Rechts ist noch jetzt die herrschende. Wenn die historische Schule nicht ohne Oppositionen geblieben ist (§. 10), so ist durch dieselben doch nie die Wahrheit des Satzes in Frage gestellt worden, daß eine erschöpfende Einsicht in das Wesen des römischen Rechts, wie jedes positiven Rechts überhaupt, nur auf dem Wege geschichtlicher Erforschung gewonnen werden kann. Es handelte sich bei diesen Oppositionen um andere Dinge[4].

## §. 10.

Die Richtung, welche sich der historischen Schule gleich zu Anfang entgegenstellte, und welche man mit dem Namen der philosophischen Schule bezeichnet hat, stritt mit der historischen Schule nicht sowohl über die Frage nach der richtigen Methode der Erforschung eines gegebenen positiven Rechts, als vielmehr über die Frage, wie ein positives Recht fortzubilden sei; hier betonte

---

von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ, Zeitschr. f. RGesch. VI S. 42 fg. (1867).

[3] Nekrologe dieses für unsere Wissenschaft viel zü früh geschiedenen Mannes von Stahl und Wetzell finden sich in der Beilage zur Augsb. allg. Zeitung vom 5. Februar 1846, und in den krit. Jahrb. der deutschen RW. 1846 S. 283 fg. und in Huber's Janus 1846 S. 337 fg. (beide auch abgedruckt in der Ausgabe Rudorff's von Puchta's kleinen civil. Schriften). Unter den anderen Schriftstellern, welche dieser Periode und Richtung angehören, sollen nur noch die bedeutendsten unter den bereits Verstorbenen genannt werden; unmittelbare Schüler Savigny's sind sie nur zum kleinen Theil. Es sind: Joh. Fr. Ludw. Göschen 1778—1837, Arn. Heise 1778—1851, Joh. Christ. Hasse 1779—1830, Ed. Schrader 1779—1860, Albr. Schweppe 1783—1829, Christian Friedr. Mühlenbruch 1783—1843, Eg. v. Löhr 1784—1851, Dan. Unterholzner 1787—1838, C. A. D. Klenze 1795—1838, Friedr. Ludw. (v.) Keller 1799—1860, Ed. Böcking (1800—1869), Karl Adolf v. Vangerow (1808—1870), Wilh. Francke (1803—1872), Adolf Aug. Friedr. Rudorff (1803—1872).

[4] Vgl. S. J. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school, 1859. Darüber Windscheid krit. VJSchr. II S. 307—309. — Ueber die Schrift von K. J. Seitz: das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (1865) s. Bekker krit. VJSchr. VII S. 464—470. Dann wieder: Seitz Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechts-

die historische Schule mehr das geschichtliche Werden, die s. g. philosophische mehr das autonome Machen[1]. Daneben wurde aus der Mitte der philosophischen Schule allerdings auch darauf hingewiesen, daß für die Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft die historische Erforschung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck sein dürfe. Und in der That läßt sich nicht leugnen, daß gerade was das römische Recht angeht nicht alle Vertreter der historischen Schule immer mit gehöriger Bestimmtheit sich zum Bewußtsein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es sich für uns handelt, nicht die ist, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit gewesen ist, sondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat[2].

Eine andere Opposition, welche der historischen Schule in der

---

schule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allgemeinen (1873). Seitz polemisirt gegen die historische Schule in der Unterstellung, daß dieselbe die Geschichte als solche, die „unbegrenzte", „unpräcisirte" Geschichte, als Rechtsquelle ansehe, oder doch nicht mit der nöthigen Entschiedenheit den Satz abweise, daß Etwas bloß deswegen gegenwärtig Recht sei, weil es einmal Recht gewesen sei (!) Seitz stellt der historischen Methode als die richtige die „empirische entgegen. Was er damit meint, ist: daß geltendes Recht nur dasjenige sei, welches auf den für die Gegenwart geltenden Rechtsquellen beruhe — was denn freilich sehr wahr, aber auch noch nie von Jemandem geleugnet worden ist.

[1] Der Gegensatz wurde in aller Schärfe zum Ausdruck gebracht bei Gelegenheit der von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772—1840) aufgeworfenen Frage, ob nicht nach der Verjagung der Franzosen aus Deutschland es an der Zeit sei, auch das Joch des fremden Rechts durch Abfassung eines gemeinschaftlichen deutschen Gesetzbuches abzuschütteln. Thibaut bejahte diese Frage („über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland" 1814, 3. Ausg. 1840), während Savigny in seiner berühmten Gegenschrift „über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung" (1814, neu aufgelegt 1828. 1840) der Zeit die Fähigkeit zu einer Gesetzgebung absprach, welche in der Hauptsache doch nichts Anderes sein werde, als eine Redaction des geltenden Rechts; dieses zu erkennen sei die Aufgabe; eine Besserung des vorhandenen Zustandes sei von der Wissenschaft zu erwarten, nicht von der Gesetzgebung. In dieser Schrift ist das eigentliche Programm der historischen Schule enthalten: das Recht wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke. Vgl. noch, auch über das im Texte sogleich Folgende, Thibaut über die s. g. historische und nicht-historische Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI 16. (1838). §. 10.

[2] Von „Verirrungen der sogenannten historisch-juristischen Methode" sprach bereits im Jahre 1827 Hasse, Rhein. Museum I S. 66.

neueren Zeit erwachsen ist, bezieht sich speciell auf die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland. Man fing an, wie, freilich von einem andern Standpunkte aus, bereits das Naturrecht gethan hatte, die Berechtigung dieser Herrschaft in Frage zu stellen; man machte geltend, daß das römische Recht ein fremdes Recht sei, daß es zum großen Theil todtes Material enthalte, daß das deutsche Recht durch dasselbe in ungebührlicher Weise verkümmert und zurückgesetzt worden sei[3]. Ein lebhafter Streit, welcher in Folge davon zwischen „Romanisten" und „Germanisten" entbrannte, hat nicht lange gewährt; der Gegensatz selbst, von welchem jene Opposition ausging, beherrscht noch jetzt die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts. Denn wenn zwar, wie man mit Zuversicht behaupten darf, unter den Einsichtigen jetzt keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber besteht, daß das römische Recht in Deutschland nicht als unberechtigter Eindringling angesehen werden darf, daß es für Deutschland und die ganze moderne Welt dieselbe Bedeutung hat, wie die gesammte antike Cultur, von welcher es ein Zweig ist, daß auch in Betreff des römischen Rechts, wie in Betreff der gesammten antiken Cultur, unsere Aufgabe nicht die ist, es wegzuwerfen und auszuweisen, sondern vielmehr umgekehrt die, es geistig in uns aufzunehmen und durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilirbaren aus einem fremden Rechte zu unserem

---

[3] Hervorzuheben sind hier hauptsächlich zwei Werke: J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts 1. (einziger) Bd. 1839, und G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht 1843. Kierulff verlangte, daß auf Grund der in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießenden Principien, gleichviel welches ihre ursprüngliche Quelle sei, ein neues Recht geschaffen werde, welches nicht aus dem Corpus Juris seine Autorität zu empfangen, sondern umgekehrt erst diesem Autorität zu geben habe. Beseler griff den Satz an, durch welchen die historische Schule die Geltung des römischen Rechts in Deutschland, von der doch nicht zu leugnen war, daß sie aus der Gesammtheit des Volkes nicht hervorgegangen sei, vor sich selbst gerechtfertigt hatte, den Satz, daß bei entwickelteren Verhältnissen sich die rechtsproducirende Kraft des Volkes aus der Gesammtheit desselben in die Juristen als seine natürlichen Vertreter zurückziehe; Beseler behauptete, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes wohl sein könne, aber nicht nothwendig sei, und daß namentlich das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen bei der Reception des römischen Rechts ein solcher Ausdruck nicht gewesen sei. Vgl.

eigenen zu machen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß sich bei den verschiedenen Bearbeitern des römischen Rechts ein verschiedener Grad der Energie des Strebens nach einer solchen Verdeutschung des römischen Rechts bemerkbar macht[4]. Wie weit man übrigens auch in diesem Streben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, daß das römische Recht so lange zur Anwendung gebracht werden muß, wie es im Corpus juris enthalten ist, als sich nicht darthun läßt, daß seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, oder weil sie auf einem weggefallenen römischen Princip beruhen, oder weil sie mit einem Grundprincip der heutigen Rechtsordnung in Widerspruch stehen, unanwendbar, oder daß sie durch eine entgegenstehende Rechtsquelle aufgehoben sind.

---

§. 16 und die folgende Note. Neben Kierulff und Beseler ist noch zu nennen: Bluntschli die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841, 2. Aufl. 1862.

[4] Es liegt auf der Hand, daß es dabei nicht ohne Einfluß sein kann, welche principielle Stellung man zu der von Beseler angeregten Frage (Schluß der vorigen Note) einnimmt. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. Wenn man sagt, das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen sei bei der Reception des römischen Rechts der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes gewesen, so kann dieß einen doppelten Sinn haben. Man kann damit meinen, daß das im Gefühl der Gesammtheit bereits Lebende sich in dem Geiste der Juristen zur Klarheit der Ueberzeugung erhoben habe: man kann damit aber auch meinen, daß zwar die Gesammtheit einen irgendwelchen rechtlichen Eindruck überhaupt nicht gehabt, sich aber in dem Geiste der deutschen Juristen ein der besonderen Art und Weise gerade des deutschen Volkes entsprechendes, seinem Wesen gemäßes Rechtsbewußtsein ausgebildet habe. Man wird weder in dem einen noch in dem anderen Sinne behaupten dürfen, daß das Bewußtsein der deutschen Juristen von der Geltung des Corpus Juris als solchen ein nationales gewesen sei; in dem ersten Sinne nicht, weil der Inhalt des Corpus Juris der großen Mehrheit des deutschen Volkes ganz unbekannt war; in dem zweiten Sinne nicht, weil die Juristen eben das Corpus Juris als solches, ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen Sätzen, ob sie paßten oder nicht, für verbindlich erachteten. Sie standen dabei unter dem Einfluß einer geistigen Strömung, welche freilich ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandlosen Hingabe an die antike Cultur, deren Glanz das Auge blendete. Diese Hingabe ist eine geschichtliche Thatsache, die sich auf dem Gebiete des Rechts vollzogen hat, wie auf anderen Gebieten; sie ist auch, mit ihren Resultaten gemessen, keine zu beklagende Thatsache, denn sie hat das geistige Besitzthum unseres Volkes in einem nicht hoch genug anzuschlagenden Maße ver-

## §. 11.

Was die Form der wissenschaftlichen Darstellung angeht, so blieb die exegetische Methode bis in das 17. Jahrhundert die herrschende. Von da an wurde es gebräuchlich, das römische Recht zwar nach der Ordnung der Titel der Pandekten, aber in der Weise vorzutragen, daß die in jedem Titel enthaltene Lehre in freier Darstellung abgehandelt wurde (s. g. Legalordnung). Das umfassendste Werk dieser Art, welches zugleich als Abschluß der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts vor der historischen Schule angesehen werden kann, ist das im folgenden Paragraphen näher zu nennende von Glück. Dazwischen treten auch systematische Darstellungen auf, anfangs vereinzelt; seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts haben sie die Pandektenordnung ganz verdrängt. Denselben wurde zunächst das Institutionensystem zu Grunde gelegt, von den Einzelnen noch in verschiedener Weise ausgebildet. Die Grundlage der jetzt gebräuchlichen und auch in diesem Lehrbuch befolgten Anordnung des Stoffes bildet diejenige, welche zuerst Hugo (Institutionen des heutigen römischen Rechts 1789) aufgestellt, und Heise (Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts 1807) näher ausgeführt hat. Das Hauptwerk dieser Richtung ist das leider nur zu einem kleinen Theil vollendete „System des heutigen römischen Rechts" von Savigny (§. 12).

---

mehrt; aber eine nationale That war sie, wie sie erfolgte, nicht. Eine nationale That wäre sie gewesen, wenn die Hingabe eben keine widerstandlose gewesen wäre, wenn der Geist der Juristen in der Reception ein deutscher geblieben wäre, nur ein anders geeigenschafteter deutscher. Das aber ist nicht der Fall, er ist in der Reception ein fremder geworden. Erst allmälig hat er sich ermannt und sich auf seine Nationalität gleichsam wieder besonnen: die Juristen haben Hand an's Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu sichten, das Fremdartige auszustoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen Rechts einzuarbeiten, kurz das römische Recht aus einem fremden zu einem deutschen zu machen. In dieser Entwickelung sind wir noch jetzt begriffen; vollendet ist sie noch lange nicht. Es läßt sich nicht verkennen, daß sie mehr durch die Beseler'sche Auffassung gefördert wird, deren Folge der Zweifel ist, als durch die hergebrachte, bei welcher die Gefahr eines ungehörigen Quietismus wenigstens nahe liegt. — Jhering Geist des röm. R. 2. Aufl. I §. 1 macht gegenüber dem Princip der Nationalität des Rechts das Princip der Universalität geltend: die Reception des römischen Rechts sei der Ausdruck dieses letzteren Princips; die Völker seien in beständigem geistigen Austausch

## §. 12.

Die bedeutendsten Gesammtdarstellungen des Pandektenrechts[1] sind folgende.

### A. Nach der Legalordnung.

1) Mathaei Wesembecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1568. 1575. f., zuletzt Amstel. 1665. 4.

2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum, Lugd. 1570. 12., Paris. 1641. 12.

---

begriffen, und seien bestimmt zum Austausch. Das ist gewiß richtig; aber es folgt daraus nicht, daß nicht die Eigenart eines jeden Volkes in letzter Linie der Maßstab dafür sein muß, ob etwas mit Fug sein Recht ist oder nicht.

[1] Eine Uebersicht der exegetischen Arbeiten s. bei Haubold doctrinae pandectarum lineamenta p. 3 sqq. — Zur Auffindung der in anderen Schriften zerstreuten Ausführungen über die einzelnen Stellen des Corpus Juris dienen folgende Werke: C. Ferd. Hommelii corpus iuris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8. (zu den Institutionen und Pandekten). Ant. Schultingii notae ad Digesta s. Pandectas ed. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. VII. 8. Th. Schimmelpfeng Hommel redivivus. Cassel 1858—1859. III. 8. — Nachweisungen über die Bearbeitungen der einzelnen Materien findet man in den allgemeinen bibliographischen Werken: Mart. Lipenii Bibliotheca realis iuridica, post F. G. Struvii et G. A. Jenichenii curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata. Lips. 1757. II. f. Mit den Supplementen von Schott 1775, Senkenberg 1789, Madihn 1817—1830. Rössig Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Ersch Literatur der Jurisprudenz, fortg. von Koppe 1823. 8. Sickel Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen. 1835. II. 4. Kappler juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in d. J. 1800—1837 erschienenen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (mit Ausschluß des Criminalrechts). 2. Ausg. 1827. 8. Schletter Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Literatur. 1843. 4. Engelmann Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. 8. Fortgesetzt von Wutte 1868. Walther Handlexicon der juristischen Literatur des 19. Jahrh. 1854. 8. Für Dissertationen: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae 1836—38. II. 8. Eine Darstellung der einzelnen juristischen Materien in alphabetischer Ordnung ist enthalten in folgenden Werken. Weiske Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. 8. v. Holtzendorff Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. 1870. 1871. III. 8. Zweite Auflage. 1872.

§. 12.

3) Justi Meieri Argentoratense collegium. Argent. 1657. III. 4.

4) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectarum libros. Jenae 1675—1680. 4. Später unter dem Titel: Praxis iuris Romani in foro Germanico. III. fol., zuletzt Francof. 1733.

5) Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum. Witenb 1690—1692. IV. 4., zuletzt Hal. 1746—1780. IV. 4.

6) Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis. Lips. 1707 III. 4., zuletzt Neap. 1784. III. 4.

7) Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros. Tub. 1690—1711. III. 4., zuletzt (ed. XVI) das. 1784. III. 4.

8) Ge. Ad. Struvii Syntagma iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Francof. et Lips. 1692—1701. III. 4., ed. III. das. 1738. III. 4.

9) Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas. tom. I. Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704 f., Hag. Com. 1707. II. f. und das. öfter, zuletzt Hal. 1776—1780. VI. 8.

10) Just. Henn. Boehmeri Introductio in ius Digestorum. Hal. 1704. 8., zuletzt (ed. XIV.) das. 1791. 8.

11) Jo. Ortw. Westenbergii Principia iuris secundum ordinem Digestorum. Harder. 1712. 8., Lugd. Bat. 1732. 8. und öfter, zuletzt Berol. 1814. II. 8.

12) Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas, zu den 4 ersten Büchern Lugd. Bat. 1716. 4., zu Buch 1—27 in Opp. tom. II. Lugd. Bat. 1724. f. und in den späteren Ausgaben seiner sämmtlichen Werke.

13) Jo. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Amst. 1728. 8., zuletzt Lips. 1797. 8.

14) Rob. Jos. Pothier Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae. Paris 1748—1752. III., ib. 1820. V. 4.

15) Jo. Aug. Hellfeld Iurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8., zuletzt das. 1806. 8.

16) Christ. Friedr. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1830. XXXIV. 8. 2. Ausg. von I—III. das. 1797—1807. Fortgesetzt von Mühlenbruch Bd. XXXV—XLIII. Erl. 1832—1843. Von Fein Bd. XLIV. XLV. Erl. 1851—1853. Sodann haben die Bearbeitung

der Bücher 30—32 Arndts, der Bücher 37 u. 38 Leist, des 39. Buches Burckhardt übernommen. Erschienen: von Arndts Bd. XLVI und XLVII Abth. 1 (1858. 1869. 1871), von Leist 1 Bd. (1870) von Burckhardt 1 Bd. (1871).

17) Jul. Frid. Malblanc Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum. Tub. 1801—1802. I. II. 1. 2. 8.

B. Systematische Darstellungen.

1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris 1553. II. f., zuletzt Neap. 1724. II. f.

2) Hug. Donelli Commentarii iuris civilis, lib. 1—11 Francof. 1589. 1590. II. f., l. 12—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1595—1597. III. f. Neue Ausgabe von König und nach dessen Tode von Bucher. Norimb. 1801 — 1834. XVI. 8. Vgl. Aarons Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I S. 143—146.

3) Herm. Vulteii Iurisprudentiae Romanae a Iustiniano compositae L. II. Marb. 1590. 8., zuletzt das. 1748 II. 8.

4) Ge. Ad. Struvii Iurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., zuletzt Bamb. 1767. 8.

5) Jean Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689—1697. V. 4., zuletzt Paris. 1771. II. f.

6) Jo. Henr. de Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., zuletzt Lips 1801. 4.

7) Car. Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romano-Germanici. Tub. 1788—98. III. 8., das. 1800—1803. III. 8.

8) Gust. Hugo Institutionen des heutigen Römischen Rechts Berlin 1789. 8. Mit verändertem Titel öfter, zuletzt (7. Ausg.) unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Berlin 1826. 8.

9) Ant. Friedr. Just. Thibaut System des Pandektenrechts. Jena 1803. II. 8., 8. Ausg. Jena 1834. II. 8., 9. Ausg., nach des Verf. Tode besorgt durch v. Buchholtz Jena 1846. II. 8.

10) Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiärischen Civilrechts. Gießen 1808—1814. II. 8.

11) Albr. Schweppe Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8., 4. Ausg. (vom 3. Bande an fortgesetzt von Mejer) Gött. 1828—1834. V. 8.

12) Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts Gießen 1814, 10. Ausg. das. 1833. II. 8., nach des Verf. Tode zum 11. u. 12. Male herausgegeben von Roßhirt Gießen 1837—1842. II. 8., zum 13. und 14. Male von Fritz. Wien 1851. 1862.

13) J. N. von Wening=Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825. III. 8., 5. von J. A. Fritz besorgte Ausg. München 1837. 1838. III. 8. Dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von J. A. Fritz. Freiburg 1833—1839. II. 8.

14) Chr. Fried. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4. ib. 1838. III. 8. Deutsch unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1835—1836. III. 8. Nach des Verf. Tode neu herausgegeben von v. Madai. Halle 1844. III 8.

15) Joh. Ad. Seuffert Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1825. III. 8. Nach des Verf. Tode zum 4. Male herausgegeben von E. A. Seuffert. 1. Band. Würzburg 1860. 2. Band 1. Abth. 1863. 2. Abth. 1867. 3. Band 1871.

16) Ge. Friedr. Puchta Pandekten. Leipzig 1838. Seit der 4. Ausg. herausgegeben von Rudorff, zum 11. Male 1871.

17) J. F. L. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von A. Errleben. Gött. 1838—1840. III. 8.

18) K. A. von Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8., 6. umgearbeitete Auflage u. d. T.: Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8. 7. vermehrte und verbesserte Auflage 1863. 1867. 1869.

19) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. 1. (einziger) Band. Altona 1839. 8.

20) C. F. Roßhirt Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. III. 8.

21) Friedr. Carl von Savigny System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1840—1849. VIII. 8. Dazu als

Fortsetzung: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (unvollendet).

22) Carl Friedrich Sintenis Das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8. 3. Aufl. das. 1869.

23) Ludw. Arndts Lehrbuch der Pandekten. München 1852. 8. 7. Aufl. das. 1870—1872. 8.

24) Al. Brinz Lehrbuch der Pandekten. 1. Abtheilung. Erl. 1857. 2. Abth. 1. Hälfte. das. 1860. 2. Hälfte. 1. und 2. Liefr. 1868. 1869. 3. und letzte Liefrung 1871. 8. Zweite veränderte Aufl. 1. Liefr. 1873.

25) Fr. Ludw. v. Keller Pandekten. Vorlesungen, aus dem Nachlaß des Verf. herausgegeben von Dr. Emil Friedberg. Leipzig 1861. 8. Neuer Abdruck besorgt von Lewis, 1866.

Vorzugsweise eine Sammlung fremder Meinungen enthält folgendes Werk:

Rud. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. 8. Zum 3. Male herausgegeben nach des Verf. Tode von Em. Kuntze. Leipzig 1863—1864. III. 8.

Eine kurze Uebersicht des Pandektenrechts gibt in geistvoller und belehrender Darstellung Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft I S. 249—372 (1869). Zweite Auflage S. 311—449 (1872).

Von den vielen Grundrissen zu Pandektenvorlesungen ist hervorzuheben wegen seiner genauen literarischen Nachweisungen:

Ed. Böcking Pandekten-Grundriß eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5. Aufl. 1861. 8.

Zu nennen ist ferner noch folgendes Werk, welches sich zwar nur auf das reine römische Recht bezieht, aber dasselbe in einer Ausführlichkeit vorträgt, welche das bei Pandektenlehrbüchern gewöhnlich eingehaltene Maß nicht nur erreicht, sondern noch überschreitet:

Ed. Böcking Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechts. 1. Band. Bonn 1843. 8. Zweite Auflage unter dem Titel: Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1. Band. Bonn 1853. 8. 2. Bandes 1. Liefr. Leipzig 1855. 8.

Endlich dürfen nicht übergangen werden zwei Werke, welche,

obgleich sie zunächst nur die Bearbeitung eines Particularrechts zum Gegenstande haben, doch auch für das gemeine Recht von ausnehmender Wichtigkeit sind; namentlich das zuerst zu nennende muß zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden.

Carl Ge. (von) Wächter Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2. Band (der erste enthält eine Württembergische Rechtsgeschichte). Stuttgart 1842—1851. (Leider nur der allgemeine Theil!) Dazu von demselben Verfasser: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. 3 Hefte. Stuttgart. 1845. 1846. 8.

J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. u. 2. Band, enthaltend den allgemeinen Theil, Leipzig 1856. 1859; in einem unveränderten Abdruck das. 1863 fg. 6. Band, enthaltend das Erbrecht, das. 1864. 2. Aufl. 1871. 1. u. 2. Band 3. Aufl. 1873.

## §. 12a.

Noch sollen die für das römische Recht wichtigsten (neueren) Zeitschriften genannt werden.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausg. von Savigny, Eichhorn und Göschen (nach des Letzteren Tode trat zuerst Klenze, dann Rudorff ein). Berlin 1815—1850. 15 Bde.

Archiv für civilistische Praxis, herausg. zuerst von Gensler, Mittermaier, Schweitzer, gegenwärtig nach mannichfachem Wechsel von Anschütz, Fitting, Francke, Renaud, Windscheid. Heidelberg 1818—1873. 56 Bde.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, herausg. von Hasse, später mit und nach ihm von Blume, Puchta, Puggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner. Bonn 1827—1835. 7 Bde.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausg. von v. Linde, Marezoll, v. Wening-Ingenheim, später von den beiden Ersten und v. Schröter, zuletzt von v. Linde und Schulte. Gießen 1827—1865. 20 Bde. und neue Folge Bd. 1—22.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausg. von K. u. W. Sell. Braunschweig 1841—1846. 3 Bde.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausg.

von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann, gegenwärtig von Emminghaus, Hoffmann, Jhering, Martin und Seitz. Marb. u. Leipzig, später Darmstadt und Leipzig, 1853—1873. 10 Bde. und neue Folge Bd. 1—9.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausg. von v. Gerber und Jhering, gegenwärtig von v. Jhering und Unger. Jena 1857—1873. 13 Bde.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausg. von Bekker und Muther, seit dem 3. Hefte des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857—1863. 6 Bde. Wird, was zu bedauern ist, nicht fortgesetzt.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff (†), Bruns, Roth, Merkel (†) und Böhlau. Weimar 1861—1873. 10 Bde.

Kritische Zeitschriften (neuere) sind:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausg. von Richter, dann von Richter und Schneider, zuletzt von Schneider allein. Leipzig 1837—1848. 24 Bde.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausgeg. von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Pagenstecher, von denen Kleinschrod und Pagenstecher später austraten, während Hillebrand und Stintzing hinzutraten. Heidelb. 1853—1859. 5 Bde.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—1859. 6 Bde.

Die beiden letzten Zeitschriften sind jetzt zu folgender vereinigt:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgeg. unter Mitwirkung von Arndts, Bluntschli, Dernburg, Hillebrand, Marquardsen und Stintzing von Pözl, seit dem 6. Bande von Pözl und Bekker, seit dem 10. von Pözl und Windscheid, seit dem 3. Heft des 13. Bandes von Pözl und Brinz. München 1859—1873. 15 Bde.

## V. Anordnung der Darstellung.

### §. 13.

Der Darstellung wird hier die jetzt gebräuchliche Anordnung des Stoffes zu Grunde gelegt. Diese Anordnung beruht auf folgender Betrachtung. Alles Privatrecht hat es mit einem doppelten Gegenstand zu thun; es hat zu ordnen: 1) die Vermögensverhältnisse, 2) die Familienverhältnisse. Die Haupteintheilung des Privatrechts ist also die in Vermögensrecht und Familienrecht. Das Vermögensrecht hat zum Gegenstand: a) die Rechtsverhältnisse an Sachen, b) die Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person, Forderungsrechte oder Obligationen[1]. Das Vermögensrecht hat aber noch die fernere Frage zu beantworten, welches das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen sei; der Inbegriff der Grundsätze über diese Frage bildet das Erbrecht[2]. — Nun gibt es aber rechtliche Grundsätze nicht bloß über die Rechte besonderen Inhalts, es gibt auch rechtliche Grundsätze, welche sich auf die Rechte als solche, abgesehen von ihrem besonderen Inhalt, be-

---

§. 13. [1] Vgl. §. 40—42.

[2] Man streitet darüber, ob das Privatrechtssystem ein System der Rechte oder ein System der Rechtsverhältnisse zu sein habe, mit anderen Worten, ob für die natürliche Zusammengehörigkeit der Rechtsregeln der Inhalt der von ihnen verliehenen Rechte, oder die Bedeutung der Lebensverhältnisse maßgebend sei, welche durch die Rechtsregeln geordnet werden sollen (Puchta Rhein. Museum III S. 297 fg. u. Institutionen I §. 21. 28 fg., Stahl Philosophie des Rechts 3. Aufl. II. 1 S. 293—300; vgl. v. Schröter krit. Jahrbücher IV S. 293, Arndts das. VII S. 196 fg., Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 2). Wenn man zugibt, daß der Familie in der sittlichen Ordnung der Dinge eine selbständige Aufgabe gesetzt ist, so wird man eben deßwegen nicht umhin können, die auf dieses Verhältniß bezüglichen Rechtsregeln denjenigen gegenüber, welche das Wollen der Einzelnen als Einzelner zu ordnen bestimmt sind, als natürliche Einheit zu betrachten, und die Besonderheit des Inhalts der durch sie verliehenen Rechte, abgesehen davon, daß diese Besonderheit keineswegs immer vorhanden ist, und z. B. bei den Familien-Vermögensrechten ganz fehlt, jedenfalls nur den untergeordneten Gesichtspunkt sein lassen dürfen. Ebenso liegt es aber auch was das Erbrecht angeht auf der Hand, daß das Charakteristische desselben nicht in einer Besonderheit des Inhalts der Rechte, von welchen es handelt, besteht (was höchstens für die Erbschaft behauptet werden könnte, gewiß aber nicht für das Vermächtniß), sondern in der Eigenthümlichkeit des zu ordnenden Verhältnisses, darin, daß es sich um das Ver-

ziehen. Es gibt ferner rechtliche Grundsätze, welche das Recht selbst, das s. g. Recht im objectiven Sinne, die Vorschriften, auf welchen die Rechte beruhen, zum Gegenstand haben. Diese letzteren Grundsätze sind zwar nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem öffentlichen Rechte an; nichtsdestoweniger empfiehlt es sich, in einer vollständigen Darstellung des Privatrechts auch sie nicht zu übergehen. — Die Grundsätze über das Recht und die Rechte überhaupt müssen vorher vorgetragen werden, ehe von den besonderen Rechten gehandelt werden kann. Hiernach ergiebt sich folgende Anordnung.

I. Vom Rechte überhaupt.
II. Von den Rechten überhaupt.
III. Sachenrecht.
IV. Obligationenrecht.
V. Familienrecht.
VI. Erbrecht.

Das Familienrecht vor das Erbrecht zu stellen, ist hergebracht, und rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Familienrecht, wie das Sachen- und das Obligationenrecht, es mit den Rechtsverhältnissen der lebenden Person zu thun hat. Die Abtheilungen I und II pflegt man zusammen als „allgemeinen Theil" zu bezeichnen.

mögen eines Verstorbenen handelt, seinen Grund hat. Endlich aber läßt sich auch ein befriedigendes System der Rechtsregeln, welche das Vermögen des Lebenden zum Gegenstand haben, auf die bloße Unterscheidung zwischen dem Inhalt der Rechte nicht bauen. Denn die Anordnung der einzelnen Obligationen nach diesem Gesichtspunkt ist undurchführbar, und den Besitz, welcher kein Recht an der Sache, sondern nur ein Rechtsverhältniß zur Sache ist, verweist dieser Gesichtspunkt in das Obligationenrecht, oder in der Lehre von der Ersitzung, — oder in den allgemeinen Theil!

# Erstes Buch.

## Von dem Rechte überhaupt

## Erstes Kapitel.

### Quellen des Rechts.

### I. Das Gesetz.

§. 14.

Gesetz ist der Ausspruch des Staates, daß Etwas Recht sein soll. Wer die Befugniß habe, im Namen des Staates diesen Ausspruch zu thun, ist eine Frage, welche nur aus dem besonderen Recht der besonderen Staaten beantwortet werden kann[1]. In den deutschen monarchischen Staaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu[1a];

§. 14. [1] Die Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze über edicta, decreta, rescripta versteht sich da, wo eine Verfassung besteht, von selbst. Wo allein der Wille des Regenten entscheidet, braucht die Verbindlichkeit der von ihm in irgend einer Weise ausgesprochenen allgemeinen Rechtsnormen nicht erst aus dem römischen Recht hergeleitet zu werden.

[1a] Was die Reichsgesetzgebung angeht s. Verfassung des deutschen Reichs Art. 5: „Die Bundesgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrath und den Reichstag."

[2] Man hat dieß aus ungenügenden Gründen bestritten; s. namentlich Linde Arch. f. civ. Pr. XVI. 13 (1833), Bischof Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI S. 235 fg. 385 fg. XVII S. 104 fg. 253 fg. 448 fg. XVIII S. 129 fg. 302 fg. 393 fg. (1859—61, unvollendet), Martin der Umfang des landesherrlichen Prüfungsrecht hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten, Celle 1865, neuestens Böhlau Mecklenburg. Landrecht I §. 50. Für die Bejahung nament-

jedoch ist derselbe in fast allen bei Ausübung dieser Gewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Wo dieß der Fall ist, ist ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz kein gültiges Gesetz, und der Richter darf es seinen Entscheidungen nicht zu Grunde legen[2]. — Damit aber der Ausspruch des Staates wirklich Recht schaffe, ist ferner erforderlich, daß er auch in gehöriger Weise bekannt gemacht worden sei. In welcher Weise die Bekanntmachung

---

lich: H. A. Zachariae Staatsrecht II §. 175 Note 11, Gneist Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4. deutschen Juristentag. Berlin 1863, Planck Jahrb. f. Dogm. IX. 4 (1868, im Besonderen gegen die zuvor genannte Schrift von Martin). Die fernere Literatur findet man am vollständigsten in den Aufsätzen von Bischof, eine Darstellung der Verhandlungen des 3. und 4. deutschen Juristentags über die Frage in der Schrift von Martin. — Indem der Richter ein ohne die Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz zurückweist, stellt er sich nicht über den Staat, was er unter keinen Umständen darf, sondern über einen Willen, welcher sich für den Staatswillen ausgibt, ohne es zu sein. Wenn die Verfassung für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt die Zustimmung der Landesvertretung erfordert, so heißt das nicht, daß die gesetzgebende Gewalt ohne dieselbe nicht ausgeübt werden dürfe, sondern daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden könne. (Planck S. 305 fg.) Ist, wie in den meisten deutschen Staaten, der Regierung das Recht gegeben, Gesetze mit provisorischer Geltung auch ohne die Zustimmung der Landesvertretung zu erlassen, so kann diese Bestimmung nur auf solche Gesetze Anwendung finden, welche sich als provisorische auch zu erkennen geben. (Planck S. 341 fg.) Nur dann ist dem Richter die Cognition über das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes nicht gestattet, wenn ihm dieselbe durch die Verfassung selbst entzogen ist (wie z. B. durch die Preußische Verfassung von 1850 Art. 106, s. ferner Oldenburg 1852 Art. 141 und die Angaben bei Planck S. 324 fg.) — Im Einzelnen bleiben Schwierigkeiten. 1) Hat der Richter auch die Legitimation der Abstimmenden, die Verhandlungsform, Abstimmung, Stimmzählung, Anwesenheit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern zu prüfen? Nein; das sind „interna corporis"; für den Richter genügt die Thatsache der Zustimmung der Landesvertretung. Gneist S. 24. 25, Planck S. 364 fg. 2) Wie ist es, wenn eine Verfassung einseitig aufgehoben und auf Grund der octroyirten Verfassung eine Ständeversammlung berufen worden ist? „Wie für den Einzelnen, so ist für die Staatsgewalten diese Seite der Frage transcendent — Gewissensfrage". Gneist S. 30—32. — Eine besondere Stellung zu der hier behandelten Frage nimmt ein v. Stockmar Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X S. 18 fg. S. 213 fg. (1853). Er behauptet, daß die Frage nur aus dem besonderen

(Verkündigung, Publication) zu erfolgen habe, ist wieder eine Frage, welche nur nach den dafür in jedem einzelnen Staate bestehenden Normen beantwortet werden kann.[2a]

Ist es streitig, ob ein Gesetz erlassen oder gehörig publicirt worden sei, so treten nicht diejenigen Regeln ein, welche maßgebend sind, wenn eine Thatsache zwischen den in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Parteien bestritten ist[3]. Es gilt vielmehr der Satz, daß der Richter das Recht von Amtswegen zu kennen und zur Anwendung zu bringen habe. Kann freilich nach Lage der Umstände die Kenntniß des bestrittenen Gesetzes von dem Richter nicht verlangt werden, so ist es an der Partei, welche sich auf das Gesetz beruft, ihm die nöthige Wissenschaft von dem Gesetz zu verschaffen, wenn sie will, daß es der Entscheidung des Rechtsstreites zu Grunde gelegt werde[4].

## II. Gewohnheitsrecht*.

### A. Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit.

### §. 15.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich ge-

---

Rechte der einzelnen Staaten beantwortet werden könne, und sich aus dem gemeinen deutschen Staatsrecht höchstens eine Präsumtion für die Bejahung oder Verneinung derselben (er sagt nicht, ob für diese oder jene) herleiten lasse. — In Betreff der Praxis s. Seuff. Arch. IV. 250, V. 225, XXVI. 99. — Rechtszustand zur Zeit des Reichs: Gneist S. 12—19. Englisches Recht: das. S. 8—12.

[2a] Verfassung des deutschen Reichs Art. 2. „Die Bundesgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Bundeswegen, welche vermittelst eines Bundesgesetzblattes geschieht". Art. 17. „Dem Präsidium steht die Ausfertigung und Verkündigung der Bundesgesetze zu".

[3] Iura novit curia. Namentlich gilt also nicht der Satz, daß der Richter das von der Gegenpartei bestrittene Gesetz trotz seines Wissens von der Geltung desselben seinem Urtheil nicht zu Grunde legen dürfe, bis die behauptende Partei die Geltung bewiesen habe; was für bestrittene Thatsachen allerdings Grundsatz ist. Seuff. Arch. VIII. 226, XI. 1.

[4] Aber dieser Beweis steht nicht unter den processualischen Regeln vom Beweise der Thatsachen. Savigny I S. 187 fg., Bayer Vorträge S. 682 fg., Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 2. Vgl. unten §. 17 Note 2. Seuff. Arch. I. 127, IV. 92, VIII. 85, IX. 210. 248, XI. 208, XVIII. 101, XXI. 90, XXV. 1. 112, XXVI. 215.

übt wird. In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts[1]. Denn die letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die

* G. Fr. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Theile (1828. 1837). Savigny System I §. 8 fg. 18. 25. 27 (1840). G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht (1843). Recension dieser Schrift von G. Fr. Puchta in den Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 Nr. 1—4, auch besonders abgedruckt Berlin 1844. Entgegnung Beseler's, Leipzig 1844. Brinckmann das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilproceß und die Handelsüsancen 1. (einziger) Bd. (1847). Fr. Adickes, zur Lehre von den Rechtsquellen (1872). Dazu Brinz krit. VJSchr. XV S. 162 fg. und Dahn Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. VI S. 553 fg. Sintenis I §. 3, Wächter II §. 9. 10, Unger I §. 5. 6 (dazu Dworzak Haimerl's österr. VJSchr. VII S. 68 fg.). Beseler deutsch. Privatr. §. 29—36, Stobbe deutsch. Privatr. I §. 21—23. Roth Bayrisches Civilrecht I §. 9, Böhlau Mecklenburg. Landrecht I §. 43. 52—55.

[1] Dieß ist die gegenwärtig noch immer herrschende Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts, sie ist begründet worden durch Savigny, ihrer Ausführung ist das citirte Werk von Puchta gewidmet. Früher, ehe durch die historische Schule eine tiefere Auffassung der Entstehung des Rechts zur Herrschaft gelangt war, suchte man für die Entstehung des Gewohnheitsrechts einen äußeren Anhalt, und fand denselben vorzugsweise (auch der Begriff der Autonomie [§. 19] wurde herbeigezogen, vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 29 Note 3) in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers. Diese Ansicht, am eingehendsten bekämpft von Puchta, ist auch gegenwärtig noch nicht ganz beseitigt; für dieselbe haben sich seit Savigny wieder ausgesprochen namentlich; Maurenbrecher deutsch. Privatr. I §. 19, Kierulff S. 13, Reinh. Schmid Richter's Jahrb. 1844 S. 395 fg., E. Mayer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861 — s. über und gegen diese Schrift Regelsberger krit. VJSchr. IV S. 321 fg. —), und neuestens Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 295 fg. (2. Aufl. S. 321 fg.). Es steht aber dieser Ansicht jedenfalls für Staaten, in welchen die Ausübung der Gesetzgebungsgewalt verfassungsmäßig an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, das bisher nicht widerlegte Argument entgegen, daß durch eine solche Verfassungsbestimmung die stillschweigende Aeußerung des gesetzgeberischen Willens als unzulässig ausgeschlossen ist. — Die Quellen führen die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts zurück auf den tacitus consensus, die tacita conventio civium oder populi, §. 9. 11. I. de iure nat. 1. 2, l. 32 §. 1 l. 35 D. de legib. 1. 3, vgl. Ulp. 5. 4. (Andere Stellen, in welchen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 32—34. 36—39 D. de legib. 1. 3, 1—3 C. quae sit longa consuet. 8. 53.)

§. 15.

Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge[1a]. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar, gleichsam durch Delegation, begründet sie Recht in der Gesetzgebung[1b]. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung[2]. Und zwar ist diese letztere Art der Begründung ursprünglich bei

---

[1a] Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die Vernunft, wie der Einzelnen, so der Völker im gegebenen Fall eine schlechte Vernunft sein kann.

[1b] Vgl hierzu Puchta a. a. O. S. 142—143. 161 unt. 182, Stahl Rechtsphilosophie II. 1 S. 237. 238.

[2] Sie begründet Recht auf dem Wege der Uebung. Die nicht geübte Rechtsüberzeugung ist nicht Recht. Nach der Ansicht Savigny's und Puchta's, für welche sich neuerdings wieder Stobbe a. a. O. S. 129 fg., Böhlau a. a. O. S. 27. 325, Abickes a. a. O. S. 42 fg. 59. 60, Dahn a. a. O. S. 567 erklärt haben, soll die Uebung (Gewohnheit) nur Erkenntnißmittel des, also auch vor ihr schon vorhandenen, Rechts sein. Aber mit Recht ist von Andern (s. namentlich Stahl Rechtsphilosophie II 1 S. 238. 239, Wächter II S. 33 Note 9, Sintenis a. a. O. Anm. 9, Unger a. a. O. S. 37. 38) dieser „spiritualistischen" Auffassung gegenüber die Bedeutung der Uebung als wesentlicher Entstehungsform des Rechts betont worden. Nicht nur daß die nicht geübte Rechtsüberzeugung als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen kann, sondern es ist auch die nicht in der Uebung zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung ihrer Qualität nach zur Begründung von Recht nicht ausreichend. Nicht die bloß theoretische Rechtsüberzeugung schafft Recht, sondern nur diejenige, deren Energie groß genug ist, um bestimmend auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einzuwirken. — Möglicherweise kann die Bedeutung der Uebung eine noch größere sein. Sie kann möglicherweise die rechtliche Ueberzeugung erst begründen (s. in dieser Beziehung namentlich Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 76—69, deutsches Privatr. §. 33—35; noch weiter geht Kierulff §. 2 zu Anf.). In untergeordnetem Maße, für Detailbestimmungen und Bestimmungen von relativer Gleichgültigkeit, wird dieß auch von Savigny (I S. 35—37) zugegeben (anders Puchta a. a. O. II S. 5 fg.); in der Natur der Sache liegt aber nichts, was uns nöthigte, bei dieser Beschränkung stehen zu bleiben (vgl. auch Sintenis I §. 3 Anm. 9. 10). Denn der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deßwegen, weil es gewesen ist, als Recht. Die Frage kann daher nur die sein, ob eine Uebung ohne vorhergehende Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit auch in Betreff anderer als der von Savigny bezeichneten Sätze sich überhaupt bilden könne. Diese Frage ist für die regelmäßigen Fälle gewiß zu verneinen; aber sie unbedingt zu verneinen, fehlt es an allem Anhalt (vgl. §. 16 Note 3). Vgl. auch Abickes a. a. O. S. 30 fg.

jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund; die Bildung einer das gesammte Volk umfassenden Rechtsüberzeugung wird bei der größeren Entwickelung der Verhältnisse, bei dem Wachsen der die Einzelnen trennenden Unterschiede, immer schwieriger; das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufskreise, zurück[3], oder nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechts an, wovon sogleich näher. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; das Gewohnheitsrecht nimmt dem Gesetzesrechte gegenüber nur einen untergeordneten Raum ein[4].

## B. Erfordernisse des Gewohnheitsrechts.

### §. 16.

Was zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist, ergibt sich aus dem Vorhergehenden. Es muß eine Uebung

---

[3] Im ersten Fall liegt ein particuläres Gewohnheitsrecht vor, während in dem zweiten Fall das Gewohnheitsrecht deßwegen nicht weniger ein gemeines ist, weil es nicht für alle Glieder des Volkes gilt. — Eine besondere Abhandlung über das particuläre Gewohnheitsrecht ist die von Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV. 2 (1852). Ueber Handelsüsancen s. Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes I S. 225—260, Laband Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 466 fg.

[4] S. auch §. 18 Note 4. — Kommt dem Gewohnheitsrecht auch nur eine untergeordnete Dignität dem Gesetzesrechte gegenüber zu? Nach der Ansicht von Savigny und Puchta, und auch gegenwärtig ist diese Ansicht wohl noch die herrschende, gebührt umgekehrt dem Gewohnheitsrecht der erste Rang. Böhlau a. a. O. lehrt jetzt („vielleicht etwas parador", wie er selbst hinzufügt), daß nur das Gewohnheitsrecht Recht sei, das Gesetz sei bloß Staatswille. Andererseits macht sich in der neueren Zeit eine Reaction gegen die „Abgötterei mit dem Gewohnheitsrecht" geltend. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 295 (2. Aufl. S. 323). S. ferner Ihering Geist des röm. R. II S. 24 fg. (3. Aufl. S. 28 fg.) und vgl. auch denselben in seiner Schrift: der Kampf um's Recht (Wien 1872) S. 12 fg. In der That wird man nicht übersehen dürfen, daß das Gewohnheitsrecht nur der Ausdruck der Totalexistenz der Uebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit ist, während das Gesetz auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht.

vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes, oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden werden kann. Dazu gehört im Einzelnen Folgendes. 1) Die Uebung muß nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als eben aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit. 2) Sie muß nicht eine bloß vereinzelte gewesen sein, worin schon von selbst das weitere Erforderniß einer gewissen Dauer derselben liegt[1]. 3) Sie muß eine gleichförmige gewesen sein, d. h. die Acte der Uebung müssen nicht durch Acte der Nichtübung oder Acte einer entgegengesetzten Uebung aufgewogen werden[2]. 4) Die der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Uebenden gewesen sein, nicht eine auf Irrthum beruhende[3]. Wenn aber gewöhnlich 5) auch das noch verlangt

---

§. 16. [1] Eine wie große Anzahl von Uebungsacten, und welche Dauer der Uebung erforderlich ist, darüber kann eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt werden. In den Quellen wird im Allgemeinen longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus verlangt (l. 32 §. 1 l. 33. 35 D. de leg. 1. 3, l. 2. 3 C. quae sit longa cons. 8. 53). Die Glossatoren wollten eine nähere Bestimmung aus der Lehre von der Verjährung entnehmen, und diese Absicht hat in c. 11 X. de consuet. 1. 4, c. 3 in VI⁰ eod. 1. 4, c. 9 in VI⁰ de off. ord. 1. 16, c. 50 X. de elect. 1. 6 einen gesetzlichen Ausdruck gefunden; es heißt, die consuetudo müsse praescripta, legitime oder canonice praescripta sein. Die heutige Unanwendbarkeit dieser Bestimmung darf nicht, wie von Einigen geschieht, darauf gestützt werden, daß die Bestimmung nicht privatrechtlicher Natur ist; denn der Satz, daß nur die privatrechtlichen Bestimmungen der fremden Rechte recipirt seien, ist unhaltbar (§. 2 Note 2 a. E.). Aber man geht nicht zu weit, wenn man jene Bestimmung des canonischen Rechts als durch die Praxis beseitigt ansieht, vgl. Puchta a. a. O. II S. 101; Seuff. Arch. III. 225. 256. 291. 292, XIX. 211. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Puchta a. a. O. II S. 97 fg., Kierulff S. 11, Savigny I S. 154. — Uebrigens ist es in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Uebung erfordert werden muß, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen ist, daß erst aus der Uebung eine rechtliche Ueberzeugung hervorgegangen sei. S. Note 3 und Beseler deutsch. Privatr. §. 33 g. E.

[2] Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata, l. 3. C. quae sit longa cons. 8. 53, l. 3 pr. C. de priv. schol. 12. 30. Vgl. l. 34 D. de R. I. 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit?“ Puchta a. a. O. II S. 89 fg.

[3] Was aber Irrthum sei und was nicht, darf nicht mit dem Maße un-

wird[4], daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sei, so kann dieser Satz nur mit der doppelten Maßgabe anerkannt werden, daß er einmal nur auf particuläre Gewohnheiten bezogen, und sodann, daß unter Unvernünftigkeit nicht Unzweckmäßigkeit, sondern Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung verstanden werde[5]. —

Im Uebrigen kann die Uebung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein gelangt, entweder die Uebung des Volkes selbst sein, welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Uebung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis,

---

serer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsrecht gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Uebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn die Uebenden auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt haben würden. Ferner ist zu bemerken, daß eine irrige Ueberzeugung selbst dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums auf welchem sie beruht, losmacht; ja es wird dieß der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth, und sie den Satz üben als hergebrachten, und deßwegen, weil er hergebracht ist, überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei. Jedoch bedarf es für diese Entwickelung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht gleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Rechtsübung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß den Uebenden nicht bloß die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsche gegenüberstehe. In diesem Sinne ist wahr der Ausspruch der l. 39 D. de leg. 1. 3: „Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet". Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieser Stelle Puchta a. a. O. I S. 99 fg. II S. 68 fg., Savigny I S. 174 fg., Sintenis I §. 3 Anm. 42. 43, Wächter II §. 35 Note 13, Böhlau Mecklenb. Landrecht I S. 330 fg. Seuff. Arch. I. 309.

[4] Auf Grund von l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53, Nov. 134 c. 1 i. f., c. 10. 11 X. de cons. 1. 4.

[5] Unvernünftigkeit in dem ersten Sinne des Wortes ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß ihm irgend welche praktische Anwendbarkeit zugestanden werden könnte. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht aber enthält wie auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vernunft dieses Volkes, und daher sein Recht. — Was die in der vorigen Note genannten

Gerichtsgebrauch)[6]. Die Juristen sind deßwegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in dem Volke lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben weil sie der Pflege des Rechts ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind die Juristen in den Zeiten, in welchen die rechtsproducirende Kraft in der Gesammtheit des Volkes abnimmt (§. 15), in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesammtheit. Zwar ist es nicht zu verkennen, daß, wie in den besonderen Ständen überhaupt, so auch in dem Juristenstande geistige Strömungen sich geltend machen können, von denen die übrigen Glieder des Volkes nicht oder nur theilweise berührt werden, und daß in dieser Weise die Juristen ein Rechtsbewußtsein haben können, welches der Gesammtheit des Volkes mehr oder minder fremd ist[7]. Aber einmal liegt doch ein Gegengewicht gegen diese Gefahr darin, daß der Juristenstand kein abgeschlossener Stand ist, Niemandem es

---

Stellen angeht, so war die Zeit, in welcher sie geschrieben sind, der Entstehung allgemeiner Gewohnheiten nicht günstig, und so läßt sich annehmen, daß sie nur particuläre Gewohnheiten im Auge haben. Im Uebrigen s. das in Note 1 Bemerkte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Puchta a. a. O. II S. 49 fg., Savigny I S. 176 fg., Kierulff S. 13, E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) S. 29—31, Böhlau S. 333. 337 fg. Seuff. Arch. I. 307, X. 2.

[6] Jordan Arch. f. civ. Pr. VIII. 9 (1825). W. Müller civilistische Abhandlungen Nr. 5 (1833). Puchta a. a. O. I S. 161 fg. II S. 15 fg. Savigny I §. 14. 19. 20. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII. 15 (1840). Sintenis I S. 26 fg. Thöl Einleitung in das deutsche Privatr. §. 54. 55. Beseler Volksr. und Juristenr. Cap. 10—12. deutsch. Privatr. I §. 34—36.— Keller §. 3 leugnet den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle ganz.

[7] Diesen Satz hat namentlich Beseler (Volksr. u. Juristenr. S. 71 fg.) der älteren historischen Schule gegenüber hervorgehoben. Savigny und Puchta stellen es nicht als das normale, sondern als das ausnahmslose Verhältniß dar, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der getreue Spiegel des Volksgeistes sei. Dieß bestreiter Beseler, und meiner Ansicht nach mit Recht; so auch Wächter gem. Recht Deutschlands S. 114, Stobbe deutsch. Privatr. I S. 134. Die Streitfrage ist mit specieller Beziehung auf die durch die Juristen vollzogene Reception des römischen Rechts in Deutschland aufgeworfen und verhandelt worden. Vgl. §. 10 Note 3. 4.

verwehrt ist, in denselben einzutreten, und er also mit der Gesammtheit des Volkes fortwährend in unmittelbarer Verbindung bleibt; und sodann ist zu bemerken, daß wenngleich wirklich in einem gegebenen Fall das im Bewußtsein der Juristen entstandene und von ihnen geübte Recht in dem Bewußtsein der Gesammtheit des Volkes ursprünglich keine Wurzeln hat, doch durch die Dauer seiner Uebung auch in dieser Gesammtheit sich das Bewußtsein ausbilden wird, daß das als Recht Geübte, eben weil es geübt wird, auch Recht sei, so daß es also als Gewohnheitsrecht so lange anerkannt werden muß, als es nicht durch eine von der Gesammtheit ausgehende entgegenstehende gewohnheitsmäßige Rechtsproduction aufgehoben ist[8].

## C. Erkenntniß des Gewohnheitsrechts*.

### §. 17.

Erkannt wird das Gewohnheitsrecht theils unmittelbar aus den Acten seiner Uebung, theils mittelbar durch glaubwürdige

---

[8] Von dem durch die Uebung der Juristen entstehenden Gewohnheitsrecht sind diejenigen Rechtssätze zu unterscheiden, welche die Juristen durch wissenschaftliche Behandlung der vorhandenen Rechtssätze finden (§. 22). Was die Juristen in dieser Weise finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergibt, hängt lediglich von der Richtigkeit dieser Operationen ab, und darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter eine freie Cognition zu. (Seuff. Arch. I. 210.) Es kann jedoch auch der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Rechtssatz im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsrecht werden, wenn er nämlich als solcher, ohne Bewußtsein von den wissenschaftlichen Gründen, aus welchen er zuerst aufgestellt worden ist, dauernd geübt wird. — Puchta nennt das auf wissenschaftlichem Wege gefundene Recht passend „wissenschaftliches Recht", während Savigny diesen Ausdruck zur Bezeichnung des in der Thätigkeit der Juristen überhaupt hervortretenden Rechts (wissenschaftliches Recht und Gewohnheitsrecht) gebraucht. Diesen letzteren Begriff bezeichnet Puchta durch den Ausdruck „Juristenrecht" welchen Ausdruck aber Andere auf das juristische Gewohnheitsrecht beschränken. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 29 Note 2, Stobbe deutsch. Privatr. §. 22 Note 11.

* Puchta a. a. O. II S. 120 fg. 151 fg., Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 108 fg., Savigny I §. 30.

§. 17.

Zeugnisse über sein Bestehen[1]. Auch die Acte seiner Uebung können entweder unmittelbar, durch eigene Anschauung, erkannt werden, oder mittelbar, aus glaubwürdigen Zeugnissen Anderer. Besondere juristische Regeln für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts gibt es nicht; der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nach denselben Grundsätzen zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird. Stehen dem Richter die gehörigen Erkenntnißmittel nicht zu Gebot, so ist es an demjenigen, welcher sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, ihm dieselben zu verschaffen; aber es gelten für den Beweis eines Gewohnheitsrechts die Regeln des Civilprocesses über den Beweis von Thatsachen ebenso wenig, wie sie für den Beweis eines Gesetzes gelten[2].

---

[1] In l. 34 D. de leg. 1. 3 wird als eine hauptsächliche Quelle der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts seine Feststellung contradicto iudicio, d. h. durch ein auf contradictorische Verhandlung, und dadurch veranlaßte Untersuchung, ergangenes Urtheil bezeichnet. Ein solches Urtheil hat außer dem, daß es selbst eine Uebung des Gewohnheitsrechts enthält, die Kraft eines glaubwürdigen Zeugnisses für dasselbe. Seuff. Arch. II. 1, V. 99; vgl. auch VI. 130. Eine andere Auslegung der cit. l. 34 bei Böhlau Mecklenb. Landrecht I S. 329. — Nov. 106 enthält die Bestätigung eines Gewohnheitsrechts auf Grund der darüber von kundigen Personen gemachten Aussagen. Vgl. Seuff. Arch. I. 310, II. 251, VII. 290. 345, IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183. — Schöffenweisthümer. Rechtsbücher. Einen Anhalt gewähren auch Rechtssprüchwörter; doch sind sie mit Vorsicht zu gebrauchen.

[2] Die früher geltende Ansicht band die processualische Geltendmachung eines Gewohnheitsrechts an die gleichen Voraussetzungen, wie die processualische Geltendmachung von Thatsachen; der Richter sollte ein Gewohnheitsrecht seinem Urtheil nur unter den gleichen Bedingungen zu Grunde legen dürfen, wie die, von denen es abhange, ob er seinem Urtheil eiue Thatsache zu Grunde legen dürfe. Diese Ansicht ist jetzt, namentlich in Folge der Ausführungen Puchta's, beseitigt. Doch ist eine Beweisauflage in Betreff des Gewohnheitsrechts nicht ausgeschlossen. Vgl. Vangerow I §. 17 Anm., Sintenis I S. 45 fg., Böhlau Mecklenburg. Landr. I §. 55. Aus der Praxis: Seuff. Arch. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204. 205, XVII. 110, XVIII. 101, XIX. 211, XXV. 1. 113. Vgl. §. 14 Note 3. 4 und Citate daselbst. Beweis durch Eideszuschiebung: Seuff. Arch. VII. 139, X. 4, XVIII. 102.

## D. Kraft des Gewohnheitsrechts*.

### §. 18.

Die Kraft des Gewohnheitsrechts ist die gleiche, wie die eines Gesetzes. Das Gewohnheitsrecht vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben[1]. Dieß gilt nicht nur von dem Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzesrecht[1a]. Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden, Rechtssatz (§. 30) aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden[2]. Keine Kraft hat das

* Puchta a. a. O. II S. 199 fg., Savigny I S. 194 fg.

[1] L. 32 §. 1 D. de leg. 1. 3: — „quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur". Wenn hier nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechthin, nicht auch von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Rechtssatzes die Rede ist, so liegt es doch auf der Hand, daß in der letzteren kein größerer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren. Anwendungen der desuetudo in §. 7 I. de iniur. 4. 4, l. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51. Nov. 89 c. 15.

[1a] A. M. Adickes (§. 15 Note *) S. 70 fg. Vgl. auch Stobbe deutsch. Privatr. I §. 23 Note 1.

[2] Indem die l. 26 §. 1 C. de usur. 4. 32 (vgl. l. 1 pr. D. eod. 22. 1). das Zinsmaß beschränkt, verbietet sie dem Richter ausdrücklich, auf ein entgegenstehendes örtliches Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen. Von einem particulären Gewohnheitsrecht ist auch zu verstehen die in einer anderen Beziehung schon oben betrachtete l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53. „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem". Vgl. c. 11 X de consuet. 1. 4. Ueber die verschiedenen Versuche, welche gemacht worden sind, diese Stelle mit der in der vorigen Note genannten zu vereinigen, s. Puchta a. a. O. II S. 203 fg. u. Vorlesungen I Beil. I, Savigny II Beil. II, Vangerow I §. 16 Anm., krit. VJSchr. VII S. 133 fg., Böhlau Mecklenb. Landrecht I S. 334. 337. — Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 18 fg. behauptet, particuläres Gewohnheitsrecht dürfe sich mit keinem gemeinrechtlichen Satze in Widerspruch setzen, und will davon l. 2 cit. verstehen.

§. 18.

Gewohnheitsrecht, so weit es durch Gesetz für unverbindlich erklärt ist[3].[4]

---

[3] In den ersten Auflagen dieses Lehrbuches habe ich das Gegentheil gelehrt; ich war der Meinung, daß dieses Gegentheil als nothwendige Consequenz der jetzt herrschenden Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts hingenommen werden müsse. „Das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann ebensowenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, wie einem künftigen Gesetz". So auch Puchta Vorlesungen I S. 33. 454, allerdings bis in die jüngste Zeit der einzige Schriftsteller, welcher das Gewohnheitsrecht auch gegen ein verbietendes Gesetz zu schützen den Muth gehabt: neuestens hat K. Maurer krit. VJSchr. XIV S. 49 (1871) sich zu der gleichen Ansicht bekannt. Eine Widerlegung des bezeichneten Argumentes habe ich zwar nirgends gefunden; dennoch halte ich es nicht mehr für unüberwindlich. Wenn ein Gesetz etwa bestimmen wollte, daß jedes über die vom Gesetz geordnete Materie künftig zu erlassende widersprechende Gesetz unverbindlich sein solle, so würde damit der Gesetzgebung nicht die Hände gebunden sein, dennoch Widersprechendes zu bestimmen, aber sie müßte zu diesem Ende vorher das die Geltung eines künftigen Gesetzes ausschließende Gesetz aufheben (oder für diesen speciellen Fall außer Kraft setzen); ohne dies wäre freilich das neue Gesetz nicht im Stande Recht zu begründen. Der Gesetzgeber kann das bestehende Recht aufheben; aber er kann nicht bewirken, daß bestehendes Recht nicht bestehendes Recht sei. So verhält es sich auch mit dem Gewohnheitsrecht. Ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschließt, kann, wie durch Gesetz, so auch durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dieß nicht geschehen ist, ist es Rechtens, daß die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht Recht sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reicht also nicht hin die Uebung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es muß außerdem vorliegen die Uebung der Rechtsüberzeugung, daß das Gesetz nicht gelte. So auch Dahn Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. VI S. 583.

[4] Die neueren Gesetzgebungen sind dem Gewohnheitsrecht nicht günstig. Das HGB. (Art 1) gesteht ihm nur suppletorische Kraft zu; ebenso das Preußische Landrecht (Einleit. §. 3. 4), soweit es nicht den Provinzialgesetzbüchern einverleibt ist. Das Oesterreichische Gesetzbuch (§. 10) läßt Gewohnheitsrecht nur da gelten, wo sich ein Gesetz auf dasselbe beruft. Das Badische Landrecht (Satz 6 d) schreibt dem Gewohnheitsrecht nur die Kraft eines Interpretationsmittels für den muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder der Vertragspersonen zu, und nur für diejenigen Fälle, „wo die Art und Weise in dem Umfange und Gebrauch eines Rechtes in Frage steht". Nach dem Sächsischen Gesetzbuch §. 28 ist des Gewohnheitsrechts nur Interpretationsmittel für den Willen der Parteien. Nicht günstiger sind übrigens dem Gewohnheitsrecht die deutschen Stadt- und Landrechte seit dem 16. Jahrh. Vgl. Stobbe deutsch. Privatrecht I S. 127.

## Autonomie*. — Observanz.

### §. 19.

Die Gesetzgebung ist, wie in §. 14 bemerkt wurde, Attribut des Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren Kreis ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie. Eine solche Autonomie bestand in Deutschland früher, bei noch unentwickelteren staatlichen Verhältnissen, in umfassenderem Maße als heutzutage. Namentlich kamen in dieser Beziehung die Gemeinden in Betracht, deren Autonomie gegenwärtig, wo sie überhaupt noch besteht, sehr zusammengeschrumpft, und jedenfalls aus dem Gebiete des Privatrechts fast überall ganz verwiesen ist[1]. Dagegen gilt noch heutzutage die Autonomie der Familien des hohen Adels[2] in Betreff ihrer Vermögens- und Familienverhältnisse[3]. Auch von einer den Corporationen überhaupt zustehenden Autonomie muß insofern geredet werden, als die verbindende Kraft der Statuten, welche die Corporationen sich geben, aus Vertragsgrundsätzen nicht in genügender Weise

* Wilda u. d. W. Autonomie in Weiske's Rechtslexikon I S. 589 fg. (1849). Gerber Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 2 (1854). Gegen Gerber: K. Maurer krit. Ueberschau II. 8 (1855) und Jolly krit. Ueberschau VI. 16 (1859); dagegen wieder Gerber Jahrb. f. Dogm. III. 6 (1859). Beseler deutsch. Privatr. §. 26—28. Stobbe deutsch. Privatr. I §. 19. 20. Böhlau Mecklenburgisches Landrecht I §. 56—60.

[1] Eine vollständige Autonomie auf dem Gebiete des Privatrechtes haben gegenwärtig noch die beiden Mecklenburgischen Städte Rostock und Wismar. Böhlau a. a. O. §. 59. Vgl. auch das. §. 57 Note 10.

§. 19.

[2] Garantirt durch die Bundesacte Art. 14: nach den „Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung". Die der ehemaligen Reichsritterschaft zugesicherten ähnlichen Befugnisse sollen „nur nach der Vorschrift der Bundesgesetze ausgeübt" werden.

[3] Gerber a. a. O., welcher den Begriff der Autonomie als einer objective Rechtnormen erzeugenden Quelle (für das heutige Recht) ganz verwirft, sieht auch in diesen Dispositionen des hohen Adels nur Rechtsgeschäfte, durch welche in Anwendung des geltenden Rechts lediglich subjective Berechtigungen verliehen werden. Dagegen Jolly und Maurer a. a. O.

erklärt werden kann[4]. Eine hergebrachte Bezeichnung für die durch Autonomie getroffene Bestimmung ist Statut.

Die der Autonomie entsprechende gewohnheitsrechtliche Bildung pflegt man Observanz zu nennen[5].

---

# Zweites Kapitel.

## Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts*.

### I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.

#### Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und s. g. Legalinterpretation.

#### §. 20.

Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechts. Der Inhalt des Rechts kann mehr oder minder offenbar sein; je

---

[4] Die entgegengesetzte Meinung wird neuerdings namentlich von Stobbe und Böhlau a. a. O. (S. 125. 347) vertheidigt. Man sagt: die neu in die Corporation Eintretenden schließen durch ihren Eintritt einen stillschweigenden Vertrag mit den in der Corporation Befindlichen ab. Wie aber, wenn die in der Corporation Befindlichen von dem Eintritt des neuen Mitgliedes nichts wissen? Man muthet hier doch dem Begriff des stillschweigenden Vertrages mehr zu, als er leisten kann. Ferner: eine von den Organen der Corporation vorgenommene Veräußerung von Corporationsgut wird, wenngleich vollkommen verfassungsmäßig, durch den Widerspruch eines Corporationsgliedes nichtig, wenn dasselbe bloß vertragsmäßig gebunden ist; so gut wie, wenn Jemand die Veräußerung seiner eigenen Sache einem Andern vertragsmäßig gestattet hat, sein Widerspruch gegen die Veräußerung ihn zwar zum Schadensersatz verpflichtet, aber die Veräußerung nicht weniger nichtig macht. Darin besteht eben das Wesen der Corporation, daß der Wille des Corporationsgliedes nicht bloß dem Willen der Genossen gebunden ist, sondern, und zwar in erster Linie, der Wille Aller dem über ihnen schwebenden Gesetz. Vgl. Brinz Pand. S. 1016 fg.

[5] Der Ausdruck wird aber auch in anderen Bedeutungen genommen. Vgl. Puchta Gewohnheitsr. II S. 103 fg., Savigny I S. 98 fg., Beseler deutsches Privatr. §. 33, Böhlau a. a. O. §. 65. Vgl. §. 136 Note 3a.

* Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (1799. 2. Aufl. 1806). Hufeland Geist des röm. Rechts I. 2 S. 1—205

weniger er offenbar ist, desto bedeutender ist die Aufgabe der Auslegung.

Gewöhnlich spricht man nur von der Auslegung der Gesetze. Das ist zu enge; auch die Sätze des Gewohnheitsrechts sind der Auslegung fähig und bedürftig. Nur freilich nicht ganz in demselben Sinne, wie die Gesetze; bei den Gesetzen hat die Auslegung eine Aufgabe und eine nächste Aufgabe zu lösen, welche bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts wegfällt. Gesetze sind in Worten formulirte Rechtssätze; die nächste Frage ist hier: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? Diese Frage kann bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts, da ihre Erscheinungsform nicht die der menschlichen Rede ist, nicht aufgeworfen werden. Aber wenn bei den Gesetzen der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, festgestellt ist, so erhebt sich eine zweite Auslegungsfrage, und diese ist auch bei den Sätzen des Gewohnheitsrechts anwendbar. Darüber das Nähere in §. 22[1].

Die Auslegung kann entweder auf dem Wege freier Untersuchung erfolgen, oder durch einen Rechtssatz. Nur die erste Art der Auslegung ist eigentliche Auslegung; die zweite ist im Grunde Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, daß das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechtssatze enthalten angesehen werden solle[2]. Jedenfalls ist hier nur von der ersten Art der Auslegung zu handeln. Dieselbe ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß; die Theorie kann nur auf die leitenden Gesichtspunkte aufmerksam machen.

---

(1815). Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Kierulff S. 18 fg., Savigny I §. 32—51, Vangerow I §. 23—25, Wächter II §. 12—14. 23—26, Unger I §. 10—14, Thöl Einleit. in das deutsche Privatr. §. 55—66.

[1] Jedoch wird von Anderen die Beantwortung dieser Frage zur Auslegung nicht gerechnet; s. den citirten §. 22. Folgt man diesem Sprachgebrauche, so bezieht sich allerdings die Auslegung nur auf Gesetze. §. 20.

[2] Man gebraucht auch für die Auslegung durch Rechtssatz weniger den Ausdruck Auslegung, als den Ausdruck Interpretation; man sagt gewöhnlich Legalinterpretation. Je nach dem der feststellende Satz ein gesetzlicher oder ein gewohnheitsrechtlicher ist, theilt man die Legalinterpretation ein in

## Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie.

### §. 21.

Die Auslegung der Gesetze hat es, wie bemerkt wurde, zuerst zu thun mit der Festellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat. Vorbedingung dazu ist, daß vorher die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte selbst festgestellt seien; dieß zu thun ist die Aufgabe der Kritik[1].

Bei der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, ist natürlich auszugehen von den Sprachgesetzen; die Sprachgesetze sind zu befragen sowohl über den Sinn der einzelnen Worte für sich, als über den Sinn, welchen die Worte in der Verbindung haben, in der sie im gegebenen Falle auftreten[2]. Die auf die Sprachgesetze begründete Auslegung pflegt man die grammatische zu nennen.

Aber das Resultat der grammatischen Auslegung kann möglicherweise kein befriedigendes sein; entweder gibt dieselbe keinen verständlichen Sinn, oder sie läßt die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Sinnen[3]. In diesem Fall ist zunächst zu sehen auf den übrigen feststehenden Inhalt des auszulegenden Gesetzes; ferner kann eine Erklärung zu gewinnen sein aus anderen Gesetzen des-

---

die authentische und die usuelle Interpretation. Beispiele der letzteren bei Seuff. Arch. XVIII. 203, XXIII. 224. Vgl. ferner II §. 359 Note 16. §. 493 Note 7.

§. 21. [1] Man kann noch weiter gehen und sagen, zuallernächst müsse festgestellt sein, daß das Gesetz überhaupt echt sei, d. h. daß es in Wirklichkeit von dem Gesetzgeber herrühre, welchem es zugeschrieben wird. Auch diese Feststellung nennt man Kritik, und zwar die höhere, im Gegensatz jener ersten als der niederen, obgleich Andere mit diesen Ausdrücken andere Sinne verbinden. Vgl. Savigny I S. 242. 246, Lang a. a. O. S. 15. 16. — In Betreff der Kritik des Corpus juris vgl. oben §. 4 und Vangerow I §. 28 Anm.

[2] Natürlich ist dabei nicht bloß auf die allgemeinen Gesetze der Sprache, sondern namentlich auch auf die eigenthümliche Ausdrucks- und Redeweise gerade der Zeit und des Ortes zu sehen, woher das Gesetz stammt. Mit der grammatischen Auslegung in besonderer Anwendung auf das Corpus juris beschäftigt sich der größte Theil der oben citirten Schrift von Lang.

[3] Ein einzelner Ausdruck kann möglicherweise verschiedene Bedeutungen haben. Es kann auch bei Unzweideutigkeit der einzelnen Ausdrücke eine verschiedene Construction möglich sein.

selben Gesetzgebers, oder auch verschiedener Gesetzgeber, insofern eine geistige Einheit zwischen diesen anderen Gesetzen und dem auszulegenden Gesetz angenommen werden kann[4]. Führt dieses Hülfsmittel nicht zum Ziel, so kann dem Ausleger im Allgemeinen keine andere Anweisung gegeben werden, als die, sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken; je vollständiger ihm dieß gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein. Im Besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, und der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetz hat erreichen wollen[5]. Endlich ist auch auf den Werth des Resultates Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen[6]. — Gewähren diese Hülfsmittel kein sicheres Resultat, so hat die Auslegung, da sie zu einem Resultate unter allen Umständen gelangen

---

[4] L. 26—28 D. de legib. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. . . Sed et posteriores leges ad priores pertinent. .“. Vgl. auch l. 24 D. eod., welche Stelle freilich zunächst nur von der berichtigenden Auslegung spricht.

[5] Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht. Z. B. l. 6 C. de legib. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri“. Ebenso l. 25 D. eod. 1. 3. — Man pflegt den Zweck, welcher durch ein Gesetz erreicht werden soll, ratio legis zu nennen, und dabei darauf aufmerksam zu machen, daß die ratio legis einerseits nicht mit der occasio legis, d. h. der äußeren Veranlassung des Gesetzes (z. B. l. 1 pr. D. de SC° Mac. 14. 6), andererseits nicht mit der ratio iuris, d. h. dem eigentlichen Gedanken oder Princip des Gesetzes, verwechselt werden dürfe. Jene ist für die Auslegung von verschwindendem Werthe; diese ist nicht sowohl Mittel zur Bestimmung des zweifelhaften Wortsinnes, als vielmehr Ergebniß der wissenschaftlichen Behandlung des unzweifelhaften (§. 22).

[6] Dahin gehört l. 19 D. de legib. 1. 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret . .“. Ferner l. 67 D. de R. I. 50 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. — Werth der Vorarbeiten bei neueren Gesetzbüchern: Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. X S. 40 fg.

muß, sich auch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wobei fernere Anhaltspunkte die Regeln gewähren, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht[7], und für die mildere Meinung[8] zu entscheiden ist.

Durch die Anwendung der zuvor bezeichneten Hülfsmittel kann aber nicht bloß der unklare Ausdruck des Gesetzes in seinem wahren Sinne bestimmt, es kann dadurch auch der unvollständige Ausdruck ergänzt, und der unrichtige berichtigt werden[9]. Unrichtig kann aber der Ausdruck des Gesetzes nach einer dreifachen Richtung sein: er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes. Hiernach ist die berichtigende Auslegung entweder einschränkend, oder ausdehnend, oder abändernd. Nur muß, was die abändernde Auslegung angeht, die Beschränkung hinzugefügt werden, daß auch sie, in gleicher Weise wie dieß die einschränkende und ausdehnende Auslegung thut, den Ausdruck des Gesetzgebers immer nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung verbessern kann; entsprechen die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat[10].

---

[7] Vgl. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

[8] L. 56 l. 168 pr. l. 192 §. 1 D. de R. I. 50. 17, l. 18 D. de legib. 1. 3 (Savigny I §. 36. i), l. 42 D. de poenis 48. 19.

[9] Es heißt zwar in den Quellen: „in re.. dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 §. 20 D. de exerc. act. 14. 1); aber auch: „scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, l. 17. D. de legib. 1. 3 vgl. l. 6 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 §. 2. D. de excus. 27. 1. In früherer Zeit wurde nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß einem sprachlich unzweideutigen Wortsinn gegenüber alle Auslegung zu schweigen habe. Das widerspricht nicht bloß den Aussprüchen der Quellen, sondern auch der Natur der Sache. Die Worte sind nicht der Gedanke, sondern nur Zeichen für den Gedanken, es kommt nicht auf deren objective und absolute Bedeutung, sondern auf diejenige an, welche gerade ihr Urheber mit ihnen verbunden hat, vorausgesetzt nur, daß diese Bedeutung aus den Umständen nachweisbar ist. Am schärfsten ist dieß durchgeführt von Ihering Geist des röm. Rechts II S. 470 fg. (2. Aufl. S. 430 fg.).

[10] Wenn aus diesem Grunde auch noch neuere Schriftsteller (z. B. Vangerow I §. 24 Anm. Nr. 3) die Zulässigkeit der abändernden Auslegung ganz bestreiten, so ist dagegen zu erwiedern, daß dieser Grund in seiner vollen

Eine jede Auslegnng, welche über das durch Anwendung der Sprachgesetze gefundene Resultat hinausgeht, pflegt man eine logische zu nennen.

§. 22.

Die Auslegung hat aber nicht bloß die Aufgabe, den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit diesen Worten hat verbinden wollen; sie hat ferner die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen. Es kann nämlich vorkommen, und es kommt häufig vor, daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahrem Gehalt nicht vollständig entspricht. Es ist die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen, und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen. Indem sie das thut, überschreitet sie nicht ihre Befugnisse: sie handelt ganz in dem Sinne des Gesetzgebers, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre. Nur sind der Auslegung auch hier die nämlichen Grenzen gesteckt, welche schon vorher bezeichnet wurden; wie sicher sie auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch als Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann. So wird auch hier ihre hauptsächliche, wenn nicht alleinige, Thätigkeit in der quantitativen Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes zu bestehen haben[1].

Daß aber diese Thätigkeit wirklich Auslegung sei, darf nicht

---

Schärfe gefaßt auch die ausdehnende Auslegung ausschließen würde; auch wenn der Gesetzgeber weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, fehlt es für das Mehr an einem Ausdruck. Dieß führt zu der im Text bezeichneten Vermittelung.

[1] Beispiele s. in der folgenden Note.

bezweifelt werden; auch hier wird die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen; was die Schale verbirgt und bindet, wird auseinander gelegt. Um so weniger darf es bezweifelt werden, als die Unterscheidung zwischen dieser und der im vorigen §. bezeichneten Thätigkeit, so sehr sie begriffsmäßig feststeht, doch im einzelnen Falle oft schwer, ja unmöglich durchzuführen sein wird, und so die eine Thätigkeit in die andere unmerkbar übergeht; die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird sehr häufig nicht mit Sicherheit beantwortet werden können[2]. — Nach einer anderen Ansicht wird indessen

[2] Wenn der Gesetzgeber seine Rede bloß auf das männliche Geschlecht richtet, statt auf das männliche und weibliche zugleich (l. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), so liegt die Annahme nahe, daß er nicht gesagt habe, was er gedacht habe, so z. B. wenn ein kaiserliches Rescript der Mutter gebot, filiis tutorem petere, und nicht hinzufügte: filiabus (l. 2 §. 23. 28 D. ad SC. Tert. 38. 17). Aber ist ebenfalls ein Fehler des Ausdrucks und nicht vielmehr ein Fehler des Gedankens anzunehmen, wenn dasselbe Rescript unterließ, seine Bestimmung auf die Erbittung eines curator für den impubes zu erstrecken (§. 29 eod.)? Ferner wenn K. Marcus nicht gerichtlich bestätigte Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente für ungültig erklärte, statt, wie er wollte, die dem Vermächtnißnehmer nachtheiligen (l. 8 pr. §. 6 D. de transact. 2. 15), sprach er da nicht richtig, oder dachte er nicht richtig? Das Letztere scheint eher angenommen werden zu müssen; ebenso, wenn die lex Aelia Sentia dem Herrn verbot, bei der Freilassung von dem Sclaven einen Eid zu fordern, daß er sich nicht verheirathen oder Kinder erzielen wolle, und vergaß, ihre Bestimmung auf zeugungsfähige Sclaven zu beschränken (l. 6 §. 2 l. 15 D. de iure patr. 37. 14), oder wenn das aedilicische Edict offene Fehler nicht ausdrücklich ausnahm (l. 1 §. 6 D. de aed. ed. 21. 1), oder wenn K. Caracalla, als er Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenkers vorschrieb, nicht ausdrücklich hinzufügte, daß das Gleiche auch für die anderen wegen der Ehe verbotenen Schenkungen gelten solle (l. 32 §. 16 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Unzweifelhaft aber lag ein Fehler des Gedankens und nicht des Ausdrucks vor, als K. Marcus vorschrieb, daß für die Excusation von der Vormundschaft der in der Stadt oder bis 100 Milien Entfernung Wohnende 50 Tage haben solle, der weiter Entfernte 30 Tage und für je 20 Milien 1 Tag, woraus an und für sich folgte, daß z. B. der in einer Entfernung von 160 Milien Wohnende nur 33 Tage habe (l. 13 §. 2 D. de excus. 27. 1). Andere unzweifelhafte Beispiele einer Auslegung, welche nicht den Sinn gegen die Ausdrücke, sondern den eigentlichen Gedanken gegen den ausgedrückten zur Geltung bringt, s. in l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 27 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 1 pr. l. 4 D. si quadrupes 9. 1,

die hier bezeichnete Thätigkeit zur Auslegung nicht gerechnet. Indem man dann zugleich für diese Thätigkeit nicht bloß die Abänderung, sondern auch die Einschränkung des Gedankens des Gesetzgebers unbeachtet läßt[3], spricht man nur von der Ausdehnung des Gesetzes[4] durch Analogie[5], und erklärt die letztere als Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes. Unter Grund des Gesetzes versteht man dann aber eben, was hier der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers genannt worden ist[6]. Statt Grund sagt man auch wohl Princip des Gesetzes[7].[8]

---

l. 19 D. ad exh. 10. 4, l. 54 pr. D. mand. 17. 1, l. 64 §. 1 D. de R. N. 23. 2. Ein sehr belehrendes Beispiel gewährt namentlich auch das SC. Velleianum. Die Jurisprudenz hat hier aus den beiden Sätzen: unverbindlich ist es, wenn eine Frau sich für einen Andern verbürgt, und: unverbindlich ist es, wenn eine Frau für einen Andern ein Darlehn nimmt, den höheren Satz entwickelt; unverbindlich ist es, wenn eine Frau eine (nicht bloß formell sondern auch materiell) fremde Obligation (als fremde) übernimmt. S. II §. 485, und vgl. noch II §. 478 Note 4, III §. 539 Note 7. §. 609 Note 10, andererseits auch II §. 295 Note 11, III §. 644 Note 16. — Auf zwingende Gesetze (§. 30) angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene, Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle was in fraudem legis geschehe, l. 29. 30 D. de legib. 1. 3. l. 5 C. eod. 1. 14.

[3] Die Folge davon ist, daß dann jede einschränkende Auslegung als das, was man allein Auslegung nennt, als Verbesserung des Wortes aufgefaßt werden muß. In dieser Weise behandelt z. B. Vangerow I §. 24 Anm. Nr. 3. b selbst l. 11 §. 2 D. de his qui not. 3. 2, in welcher es heißt, das Verbot für die Frau, innerhalb des Trauerjahres zu heirathen, dürfe nicht auf die Frau bezogen werden, welche früher geboren habe.

[4] Von diesem Falle handeln im Allgemeinen l. 10—12 l. 27 D. de legib. 1. 3.

[5] Gegenüber einer sogleich (§. 23) zu nennenden Anwendung der Analogie nennt man sie Gesetzesanalogie.

[6] Wird der Begriff des Grundes des Gesetzes in dieser Weise gefaßt, so sind die vielfach mißbrauchten Sätze: ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio, und cessante ratione legis cessat lex ipsa, ebenso richtig, als sie bei jeder anderen Auffassung falsch sind.

[7] Ist die ausdehnende Auslegung (Analogie) in einem gegebenen Falle ausgeschlossen, so liegt umgekehrt darin, daß das Gesetz seine Bestimmung nur für den von ihm genannten Fall getroffen hat, ein Zeugniß dafür, daß der Inhalt der Bestimmung für andere Fälle nicht Rechtens ist — das bekannte argumentum a contrario; vgl. z. B. l. 18 D. de testib. 22. 5, l. 20 §. 5. 6 D. qui test. 28. 1. So sicher aber dieses Argument, sobald nur der Ausschluß der

Die Hülfsmittel dieser Art der Auslegung sind die nämlichen, wie die im vorigen §. erwähnten.

Es liegt aber auf der Hand, daß diese Art der Auslegung nicht bloß auf Gesetze anwendbar ist, sondern auch auf Sätze des Gewohnheitsrechts. Auch bei Sätzen des Gewohnheitsrechts kann erkannt werden, daß der Gedanke, welcher sich dem Bewußtsein der Uebenden zunächst dargestellt hat, ihr eigentlicher Gedanke nicht ist; indem dann ihr eigentlicher Gedanke zur Geltung gebracht wird, wird das Gewohnheitsrecht in gleicher Weise wie das Gesetz ausgelegt.

## Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie.

### §. 23.

Bisher ist von der Auslegung der einzelnen Rechtssätze als solcher die Rede gewesen. Werden die einzelnen Rechtssätze aber aufgefaßt als zu einem Rechtsganzen gehörig, so ergibt sich die fernere Frage, wie es zu halten sei, wenn dieses Ganze Lücken oder Widersprüche zeigt. Im Wesen ist hier die Aufgabe dieselbe; es kommt darauf an, den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen zu erkennen, wie es sich zuvor um den eigentlichen Gedanken des einzelnen Rechtssatzes handelte.

---

Analogie wirklich feststeht, bei Gesetzen ist, so unsicher ist es bei Aussprüchen, welche nicht neues Recht einführen, sondern einen geltenden Rechtssatz als geltend constatiren wollen, wie namentlich bei den in unserem Corpus Juris enthaltenen Auszügen aus den Schriften der römischen Juristen. Hier setzt der Schluß, daß, weil eine Rechtsregel nur für den Fall A als geltend ausgesprochen worden sei und nicht auch für den Fall B, sie deßwegen für den Fall B habe ausgeschlossen werden sollen, den Nachweis voraus, daß der Urheber des Ausspruchs 1) an den Fall B gedacht, und 2) Veranlassung gehabt habe, ihn zu berücksichtigen.

[8] Besondere Auffassung bei Binding in der strafrechtlichen Schrift: die Normen und ihre Uebertretung (Leipzig 1872) I S. 66 fg. Nach der Auffassung dieses Schriftstellers liegt das Besondere des analogischen Rechts nicht darin, daß der Gesetzgeber es als solches nicht gedacht, ondern darin, daß er es als solches nicht ausdrücklich ausgesprochen hat. Das analogische Recht sei das stillschweigende, durch eine concludente Handlung, welche eben das Gesetz sei, ausgesprochene Recht. Aber wenn der Gesetzgeber sich dessen bewußt war, daß er auch Dieses als Recht wolle, aus welchem Grunde hat er es dann nicht ausdrücklich ausgesprochen?

Deßwegen sind zuvöderst Lücken des Rechtsganzen nicht etwa, wie früher häufig gelehrt wurde, aus dem s. g. Naturrecht[1] zu ergänzen, d. h. einem durch apriorische Construction gefundenen Recht, dessen Inhalt in jedem gegebenen Fall doch nur dasjenige bildet, was der Construirende für wahr hält, sondern aus dem Geiste des Rechtsganzen selbst; es muß diejenige Entscheidung gefunden werden, welche in seinem Sinn die richtige ist. Insofern dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtssätzen ausgegangen, und die in diesen sich darstellende specifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen werden muß, spricht man auch hier von Analogie[1a].

Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob derselbe nicht bloß scheinbar ist. Bloß scheinbar ist er, wenn die sich widersprechenden Rechtssätze nicht gleichen Ranges sind. Nicht gleichen Ranges sind gemeinrechtliche und particuläre, frühere und spätere Rechtssätze; der particuläre geht dem gemeinrechtlichen[2], der spätere dem früheren vor[3]. Bloß scheinbar ist der Widerspruch ferner dann, wenn bei genauerer Betrachtung sich die Voraussetzungen der beiden Rechtssätze als nicht vollkommen identisch ausweisen. Ist aber der Widerspruch kein bloß scheinbarer (läßt er sich nicht

---

[1] Vgl. Oesterr. Gesetzbuch §. 7, Badisches Landrecht Satz 4a. §. 21.

[1a] Neuerdings lehrt wieder Fr. Adickes, zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) S. 8 fg. 67 fg., daß der Richter in Ermangelung anderer Rechtsquellen die Entscheidung aus seiner „subjectiven Vernunft“ zu schöpfen habe. Als Beweis dafür wird nichts beigebracht als die Behauptung (S. 10), daß dieß der „allgemeinen Vernunft“ gemäß, daß es ein „Naturgesetz“ sei. Allerdings, fügt Adickes hinzu, dürfe der Richter seine subjective Vernunft nicht frei walten lassen, sondern müsse auf die „thatsächlich gegebenen Elemente Rücksicht nehmen. Adickes nennt das Entscheidung aus der „Natur der Sache“, und geht damit zu einem „allerdings etwas verschrieenen“, und nicht mit Unrecht verschrieenen, Ausdruck zurück. Vgl. Dahn Zeitschr. f. deutsche Gesetzgeb. VI S. 558 fg.

[2] Es kann auch ein Rechtssatz, welcher einem andern gegenüber particulär ist, selbst wieder einen particulären unter sich haben, dem gegenüber er gemeinrechtlicher ist. Ein altes Sprüchwort sagt: Stadtrecht bricht Landrecht Landrecht bricht gemein (das für Deutschland gemeine) Recht.

[3] L. 4 D. de const. princ. 1. 4.

vereinigen), und läßt sich auch nicht nachweisen, daß der eine Rechtssatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält[4], so muß man sagen, daß der eine Rechtssatz so viel gelte, als der andere; demgemäß hebt der eine den anderen auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

## Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

### §. 24.

Die Auslegung bildet keinen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts; sie ist wissenschaftliche Behandlung, schon die niedere, welche den Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte, um so mehr die höhere, welche den eigentlichen Gedanken eines Rechtssatzes oder eines Rechtsganzen bestimmt. Aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist in der Auslegung nicht beschlossen. Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, handelt es sich nun um die Entwickelung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtssätzen enthalten sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtsatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d. h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammensetzungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort[1]. Die neuere Rechtswissenschaft hat die entschiedene Tendenz, in der Zerlegung der Begriffe möglichst weit zu gehen. Und dieß ist ihr Verdienst. Denn in der That hängt von der erschöpfenden

---

[4] Vgl. §. 26 zu Note 3.

§. 24. [1] Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch welchen eine Sache gegen Geld abgetreten wird — Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, welches dadurch zu Stande kommt, daß zwei (oder mehrere) übereinstimmende Willenserklärungen in ein gewisses Verhältniß zu einander treten — Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle — Erklärung eines Willens ist was? — Wille ist was? — Uebereinstimmung ist was? — das erforderliche Verhältniß der beiden übereinstimmenden Willenserklärungen ist welches? — Sache ist was? — Abtretung ist was?

Erfassung des Inhalts der in den Rechtssätzen enthaltenen Begriffe nicht nur das volle Verständniß des Rechts ab, sondern auch die Sicherheit seiner Anwendung. In dieser letzteren Beziehung bemerke man noch Folgendes. Selten entspricht der Thatbestand eines zu entscheidenden Falles dem Thatbestand eines einzigen Rechtssatzes; regelmäßig stellen die verschiedenen Theile des Thatbestandes sich unter verschiedene Rechtssätze. Die von diesen Rechtssätzen geordneten rechtlichen Wirkungen bestimmen und durchkreuzen sich; die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sichereres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.

Die Rechtsbegriffe zerfallen in zwei Classen, je nachdem sie zum Gegenstand die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte haben, oder die Rechte selbst und was von ihnen ausgesagt werden kann. Begriffe, welche die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte zum Gegenstand haben, sind z. B. Rechtsgeschäft, Vertrag, Testament, Specification, Bedingung u. a. m. Bei den Rechten kommt in Betracht der Begriff des Rechts überhaupt, der Begriff der einzelnen Rechte, welcher sich aus ihren charakteristischen Merkmalen zusammensetzt (z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Obligation, Vorkaufsrecht, Reuerecht u. s. w.), ihr Inhalt, ihr Subject (Person, juristische Person), ihre Eigenschaften (Theilbarkeit und Untheilbarkeit, Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit, Selbständigkeit und Unselbständigkeit u. s. w.), die von ihnen ausgehende Action (Ausübung, Klagbarkeit, Ruhen des Rechts, Behaftetsein mit einer Einrede), besonders auch ihre Lebensphänomene (Entstehung, Untergang, Umgestaltung; Begründung, Vernichtung, Umgestaltung schlechthin oder mit einstweilen gehemmter Kraft; vollständige Vernichtung und Vernichtung durch Erzeugung einer Einrede; Umgestaltung der Person nach, dem Stoffe nach; Rechtsnachfolge, Gesammtnachfolge, Sondernachfolge u. s. w.). Dieß soll keine vollständige Aufzählung sein, sondern bloß zur Orientirung dienen.

Die Zurückführung eines Rechtsverhältnisses auf die ihm zu Grunde liegenden Begriffe nennt man Construction desselben[2].

## II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere.

### §. 25.

Was die Auslegung des Pandektenrechts insbesondere betrifft, so ist hier zunächst zu erwähnen, daß Justinian alle Auslegung der von ihm publicirten Rechtsbücher verboten hat[1]; im Zweifelsfalle solle der Richter sich an den Kaiser wenden. Aber weder ist diese letztere Vorschrift heutzutage irgendwie ausführbar, noch ist das Verbot selbst jemals beobachtet worden; es ist also durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht abgeschafft[2].

Sodann ist in Betreff der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher zu bemerken, daß die in denselben enthaltenen Stellen einer zwiefachen Auslegung bedürftig sind. Zuerst muß der Sinn bestimmt werden, in welchem sie von ihren ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden sind; sodann ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht dieser Sinn durch ihre Aufnahme in die Justinianische Codification alterirt worden ist[3]. — Was den ursprünglichen Sinn der einzelnen Stellen des Corpus juris angeht, so kommt in Betracht, daß dieselben zum großen, ja größten

---

[a] Construirt wird z. B. die Reallast, indem aufgewiesen wird, daß das durch sie gewährte Recht unter den Begriff des dinglichen oder aber unter den Begriff des obligatorischen Rechts gehöre. Die Entstehung des Eigenthums aus dem Aufheben einer ausgeworfenen Sache wird construirt, indem nachgewiesen wird, daß in dem Auswerfen eine Tradition oder aber eine Dereliction liege. — Vgl. über die Construction, und überhaupt das im Texte Gesagte die geist- und lehrreiche Darstellung von Ihering Geist des röm. Rechts II S. 321—414 (2. Aufl. S. 493 fg.) in Verbindung mit Jahrb. f. Dogmatik I. 1, eine Darstellung, welche trotz dessen, was sich im Einzelnen gegen dieselbe einwenden läßt, doch im Ganzen, als erster Versuch der Begründung einer „Technik des Rechts", wie mir scheint, eine wärmere Anerkennung verdient hätte, als sie bei Brinz krit. VJSchr. II. 1 gefunden hat.

[1] L. 12 C. de legib. 1. 14, l. 2 §. 21 C. de vet. iure enucl. l. 17. Ueber andere ähnliche Erscheinungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung vgl. Unger Anm. 2 zu §. 13 (I S. 95).

[2] Vgl. Savigny I S. 301—317.

[3] Im Einzelnen ist hier in's Auge zu fassen: 1) der veränderte Rechtszustand, unter welchem die Justinianische Compilation zusammengestellt worden ist. Mit Rücksicht auf denselben sind viele der aufgenommenen Stellen geradezu abgeändert worden (Interpolationen, s. g. emblemata Triboniani); in anderen

Theil ursprünglich nicht Gesetze gewesen sind, sondern Zeugnisse für das bestehende Recht, so namentlich die Excerpte aus den Schriften der römischen Juristen, und (obgleich nicht ausnahmslos) die kaiserlichen Rescripte und Decrete. Im Ganzen und Großen sind nun zwar die Grundsätze für die Auslegung dieser Zeugnisse keine anderen, als die oben für die Auslegung der Gesetze entwickelten; im Einzelnen stellt sich aber doch Manches anders. So hat namentlich das s. g. argumentum a contrario hier eine ganz andere Bedeutung, als für die Gesetze (§. 22 Note 7), und bei der Auslegung der Rescripte darf nicht vergessen werden, daß nicht selten in dieselben Momente aus der Anfrage mit aufgenommen worden sind, ohne daß diese Momente für wesentliche Voraussetzungen der Entscheidung haben erklärt werden sollen.

## §. 26.

Finden sich unter den aus den verschiedenen Quellen des Pandektenrechts entwickelten Sätzen Widersprüche, so geht vor das heutige Gewohnheitsrecht den Reichsgesetzen, und unter den Reichsgesetzen das spätere dem früheren. Die Reichsgesetze gehen vor den recipirten fremden Rechten, unter diesen aber geht das canonische Recht dem römischen vor, insofern nicht der Gerichtsgebrauch einen Satz des römischen Rechts dem canonischen Recht gegenüber

---

Fällen hat das Aufgenommene auch ohne Aenderung bloß durch seine Beziehung auf den Justinianischen Rechtszustand eine andere Bedeutung bekommen (so z. B. bezeichnen die Ausdrücke cessio, in ius vocatio im Munde der Compilatoren etwas ganz Anderes, als im Munde der alten Juristen). Zu beachten ist 2) der Zusammenhang der Compilation. Justinian hat nicht bloß die einzelnen von ihm publicirten Rechtsbücher, Institutionen, Digesten, Codex, jedes für sich, sondern auch alle drei zusammen als ein Ganzes betrachtet wissen wollen (§. 26 Note 2); jede Stelle hat also nur denjenigen Werth, welcher sich aus ihrem Zusammenhalt mit anderen Stellen der Compilation ergibt. Dabei ist ein nicht zu vernachlässigendes Interpretationsmittel namentlich auch die Titelrubrik, unter welche die auszulegende Stelle gestellt ist, obgleich F. C. Schmidt (Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher, 1855) viel zu weit geht, wenn er die Bedeutung einer jeden Stelle ganz nach der Rubrik ihres Titels bestimmen will, in der Weise, daß allgemein redende Stellen speciell, und speciell redende allgemein zu verstehen seien, je nachdem sie sich in einem Titel mit specieller oder allgemeiner Rubrik befinden. Vergl. dagegen Stintzing Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 56 fg., Arndts krit. Ueberschau III S. 485 fg.

festgehalten hat. Unter den Quellen des römischen Rechts gehen die Novellen den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten, Codex, vor, da sie bestimmt waren, das in letzteren enthaltene Recht zu ändern, und aus dem gleichen Grunde hat jede spätere Novelle den Vorzug vor der früheren. Was endlich das Verhältniß der drei Rechtsbücher unter sich angeht[1], so stehen jedenfalls Institutionen und Digesten sich gleich, da sie gleichzeitig publicirt sind. Aber auch der Codex, obgleich ein Jahr später publicirt, darf den Institutionen und Digesten nicht vorgezogen werden, da Justinian alle drei Rechtsbücher als ein Ganzes hat betrachtet wissen wollen[2]. Wohl aber ist es möglich, daß eine in dem Ganzen dieser drei Rechtsbücher enthaltene Stelle späteren Ursprungs einer anderen früheren Ursprungs auf Grund ihres Zeitverhältnisses vorgezogen werden muß. Dazu ist jedoch erforderlich, einmal daß die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwickelung des Rechts enthalte, und sodann, daß Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, entweder daß die Compilatoren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material oder als Uebergangsrecht haben aufnehmen wollen, oder daß die Aufnahme der früheren Stelle lediglich auf Uebereilung und Versehen beruht[3]. — Entscheiden die hier aufgestellten Grundsätze nicht und läßt

---

§. 26. [1] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 6, v. Löhr Mag. f. RW. u. Gesetzgebung III. 7.

[2] Vgl. Const. *Omnem* §. 7, *Tanta* §. 12. 23, *Cordi* §. 3. Dieß geht auch aus der von Justinian gegebenen, allerdings keineswegs richtigen Versicherung hervor, daß in den drei Rechtsbüchern Widersprüche nicht zu finden seien (Const. *Tanta* §. 15). Wollte man das Publicationsdatum des Codex für entscheidend halten, so müßte man annehmen, daß Justinian zuerst den Institutionen und Digesten den Vorzug vor dem (alten) Codex, darauf diesem (in der der Hauptmasse nach übereinstimmenden repetita praelectio) den Vorzug vor jenen beigelegt habe.

[3] Daß die Compilatoren nicht ausschließlich dogmatische Zwecke verfolgt haben, wie sehr dieselben auch vorwiegen mögen, ist unzweifelhaft, bei den Institutionen liegt dafür ein ausdrückliches Zeugniß Justinians vor. Const. *Imperatoriam maiestatem* §. 5. Uebergangsrecht: s. z. B. Nov. 89 c. 7. Versehen: s. z. B. §. 108 Note 4, II §. 441 Note 1, II §. 499 Note 1, III §. 539 Note 7. §. 628 Note 3. §. 644 Note 13. — Aus den Pandekten gewähren ein Beispiel einer zulässigen historischen Vereinigung l. 34 pr. D. mand. 17. 1 — l. 15 D. de R. C. 12. 1, ein Beispiel einer unzulässigen l. 41 D. de pign. act. 13. 7 — l. 22 D. de pign. 20. 1.

sich auch aus anderen Gründen nicht erkennen, welche Stelle im Sinne des betreffenden Rechtsganzen den Vorzug verdient, so ist bei wirklichem Widerspruch[4] nach dem oben (§. 23) bezeichneten allgemeinen Satz zu verfahren: die eine Stelle hebt die andere auf, und es ist zu entscheiden, als wenn keine von beiden vorhanden wäre.

---

# Drittes Kapitel.

## Gegensätze im Recht.

### Berechtigende, begriffsentwickelnde, verneinende Rechtssätze*.

§. 27.

Der Zweck der Rechtssätze ist im Allgemeinen der, daß bestimmt werden soll, wie sich auf Grundlage der verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen die Grenzen der Willensherrschaft der sich gegenüberstehenden Individuen gestalten, für welchen Willensinhalt ein jedes Individuum von allen andern Individuen Anerkennung verlangen könne. Diesem Zwecke können aber die Rechtssätze noch in verschiedener Weise dienen, entweder unmittelbar, oder nur mittelbar. Unmittelbar, indem sie geradezu an einen gewissen Thatbestand eine Willensherrschaft, eine Berechtigung anknüpfen; Rechtssätze dieses Inhalts kann man berechtigende Rechtssätze nennen. Mittelbar: 1) dadurch, daß sie näher bestimmen, was in solchen berechtigenden Rechtssätzen ausgesprochen worden ist; 2) dadurch, daß sie von einem gewissen Thatbestande,

---

[4] Es ist natürlich vorher zuzusehen, ob nicht der Widerspruch sich dadurch als ein bloß scheinbarer nachweisen läßt, daß eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der beiden Rechtssätze herausgekehrt wird. Dabei darf zwar bei der bestimmten Versicherung Justinians, daß, wenn man genau zusehe, sich gar kein Widerspruch finden werde (Note 2), auch eine nicht ganz nahe liegende Vereinigung nicht gescheut werden (vergl. z. B. III §. 673 Note 1, auch Schirmer Erbrecht §. 6 Note 17); von der andern Seite ist aber auch vor dem Streben nach Vereinigung um jeden Preis zu warnen, in welchem schon viele Mühe unfruchtbar verzehrt worden ist. Vgl. noch Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 311 fg. und Castrense peculium S. 196 fg.

* Das Beste hierüber findet sich bei Thöl Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 33—36.

welcher an und für sich ein Recht zu erzeugen im Stande ist, aussagen, daß auf Grund desselben ein Recht nicht in Anspruch genommen werden könne. Diese verschiedenen Klassen der Rechtssätze werden passend bezeichnet durch die Ausdrücke: begriffsentwickelnde, verneinende Rechtssätze. — Die berechtigenden Rechtssätze können ihrerseits wieder einen verschiedenen Ausdruck haben. Entweder wenden sie sich an den Berechtigten, indem sie diesem etwas erlauben, oder sie wenden sich an den (die) dem Berechtigten Gegenüberstehenden, indem sie diesem (diesen) etwas gebieten oder verbieten[1].

## Strenges und billiges Recht.

### §. 28.

Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert[1]. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht.

---

§. 27. [1] Beispiele. 1) Berechtigende Rechtssätze. a) Wer eine Sache als Faustpfand erhalten hat, darf sie retiniren, bis er befriedigt worden ist. b) Der Besitzer einer Sache, welche der frühere Eigenthümer durch Zwang verloren hat, ist verpflichtet, sie demselben herauszugeben. c) Niemand darf seine Bäume, die an des Nachbarn Grenze stehen, über eine gewisse Höhe hinaus wachsen lassen. 2) Begriffsentwickelnder Rechtssatz. Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden. 3) Verneinender Rechtssatz. Das im Spiel Verlorene (durch Spielvertrag Versprochene) braucht nicht bezahlt zu werden. — Von verbietenden Rechtssätzen spricht man häufig, ja regelmäßig, noch in anderem Sinne. 1) In dem Sinne, in welchem hier von verneinenden Rechtsätzen gesprochen worden ist; man sagt z. B., der Spielvertrag sei verboten. 2) Man sagt z. B., der Zwang sei verboten. Der eigentliche Inhalt des an den Zwang angeknüpften Rechtssatzes ist aber der, daß aus dem Zwange sich bestimmte Berechtigungen und Verpflichtungen ergeben.

§. 28. [1] Ius aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. Umgekehrt wird häufig das Wesen des billigen Rechts gerade in die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede gesetzt (Puchta Pand. §. 21, Thöl Einleit. §. 40, Unger I S. 71).

Der Begriff der Billigkeit ist seiner Natur nach ein unbestimmter, er empfängt seinen Inhalt aus dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl der ein gegebenes Recht Betrachtenden. Insofern es aber ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein nicht bloß der Einzelnen gibt, sondern auch ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein der Gesammtheit eines Volkes, bezeichnet die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat[2]. Bevor aber dieses Ideal verwirklicht ist, bevor eine Rechtsquelle die Aussprüche der Billigkeit anerkannt hat, ist die Billigkeit eben nicht Recht[3], und der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volkes zu Gunsten der Billigkeit, oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintansetzen wollte[4]. Es wird ihm jedoch eine genaue Erforschung des wahren Gehaltes des positiven Rechts sehr häufig die, dem

---

Auch diese Auffassung ist nicht richtig. Es kann freilich unbillig sein, daß die individuellen Unterschiede nicht berücksichtigt werden, aber es kann auch ebenso unbillig sein, daß sie berücksichtigt werden. — Ueber die Auffassung der aequitas bei den Römern vgl. M. Voigt die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Bd. I (1856). Dazu die Anzeige von Esmarch krit. Ueberschau VI. 1.

[2] In diesem Sinne bezeichnet schön l. 1 pr. D. de I. et I. 1. 1 die iustitia als „ars boni et aequi". Vgl. §. 1 eod., l. 90 D. de R. I. 50. 17, l. 8 C. de iud. 3. 1. Vgl. Bekker Aktionen II S. 270 Note 2 (dessen Bemerkung mich veranlaßt hat, den in den vorigen Auflagen gebrauchten mißverständlichen Ausdruck „Rechtsbewußtsein der Völker" zu ändern, wie hier geschehen). Uebertreibung aber ist es, jedenfalls im Ausdrucke, und keine ungefährliche Uebertreibung, wenn dieser Schriftsteller lehrt (a. a. O. S. 264 fg.), daß dem „Idealrecht" gegenüber das positive Recht eine selbständige Berechtigung zur Existenz nicht besitze, daß es „nichts anderes als ein Nothbehelf" sei.

[3] Der Gegensatz zwischen ius und aequitas wird anerkannt in l. 52 §. 3 D. de pactis 2. 14 (— „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti" —), ferner in l. 32 D. de pec. 15. 1 und in l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3 (Note 4). — Daß das „Idealrecht" kein wirkliches Recht sei, erkennt auch Bekker (Note 2) bereitwillig an.

[4] L. 1 C. de legib. 1. 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere". In den beiden letzten in der vorigen Note citirten Stellen wird zwar die aequitas auch gegen das ius zur Geltung gebracht (— „haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur", „sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium" —); aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine viel freiere, als die der heutigen Juristen und Richter ist.

ersten Blick sich verbergende, Möglichkeit gewähren, die Ansprüche der Billigkeit mit den eigenen Mitteln des Rechts zu befriedigen[5].

## Regelgemäßes und regelwidriges Recht. Privilegium*.

### §. 29.

Regelgemäß ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäß ist; dadurch, daß das Recht aus besonderen Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht[1]. Von dem regelwidrigen Recht heißt es in den Quellen, daß es nicht ausgedehnt werden dürfe[2]. Das will sagen, daß es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht; der Satz sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht[3].

---

[5] Es kann auch vorkommen, daß das Recht selbst den Richter darauf verweist, die Umstände des einzelnen Falls zu erwägen, und danach die Entscheidung zu treffen. Hierher gehört l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose . . erratur". (Es handelt sich um die Frage, ob Verzug vorhanden sei, und für die Beantwortung dieser Frage gibt es zunächst keine andere Regel als die, daß Verzug angenommen werden müsse, so oft es dem Schuldner zum Vorwurf gereiche, daß er nicht zu rechten Zeit geleistet habe.)

* Savigny I S. 61—66, Wächter II § 3 (50), Thöl Einleitung §. 38. 39, Unger I §. 8 (65).

§. 29. [1] Die Quellen sagen ius singulare. L. 16 D. de legib. 1. 3. „Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". — Andere (so namentlich Savigny a. a. O.) definiren das ius singulare als dasjenige Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiete entsprungen sei, sondern auf den Principien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe. Aber was ist reines Rechtsgebiet? Und beruht nicht alles Recht darauf, wie gerade dieses Volk die Principien der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt erfaßt und rechtlich verwerthet? — Beispiele von ius singulare in l. 15 D. de R. C. 12. 1, l. 23 §. 1 l. 44 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 44 §. 3 D. de usurp. 41. 3.

[2] L. 14 D. de leg. 1. 3 (l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". Vgl. l. 15 eod.

[3] Man ist darüber einverstanden, daß der Sinn des Satzes nicht sei, daß bei dem ius singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen, und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man

Die wichtigste Anwendung des regelwidrigen Rechts besteht darin, daß durch dasselbe für eine gewisse Klasse von Personen oder Sachen oder Rechtsverhältnissen etwas festgesetzt wird, was für andere Personen oder Sachen oder für andere Rechtsverhältnisse der gleichen Art nicht gilt. Enthält die Ausnahmsbestimmung eine Begünstigung, so sprechen wir von einem Privilegium, und ebenso heißt die durch die Ausnahmsbestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium[4]. Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Klasse von Personen, sachliche, wenn sie eine Klasse von Sachen oder Rechtsverhältnissen begünstigen[5]. —

---

dieselbe überhaupt in Frage stellen; denn jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtsregeln als regelwidriges Recht dar. Das SCum Velleianum begründete gewiß ius singulare; und wie ist es ausgedehnt worden! Vgl. auch II §. 478 Note 4. Aber wenn z. B. eine Bestimmung favore libertatis gegeben worden ist, so darf man in derselben nicht den Ausdruck eines Principes erkennen, welches zur Anwendung kommen müsse, auch wo es sich um Freiheit nicht handelt. L. 23 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit". Uebereinstimmend Keller §. 7. S. auch Römer Zeitschr. f. Handelsr. XIX S. 94. Hinzugefügt muß allerdings werden, daß, je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift ist, mit welcher das ius singulare sich in Widerspruch setzt, um so gewichtiger die Gründe sein müssen, welche zu einer ausdehnenden Auslegung berechtigen sollen — nach dem Satze, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht zu entscheiden ist (§. 21 Note 7).

[4] Der Ausdruck privilegium wechselt in den Quellen mit dem Ausdruck beneficium iuris. Seiner Wortbedeutung nach (vgl. Cic. de leg. III. 19: „in privos homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium". Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus") ist er zwar fähig, auch die ungünstiger stellende Bestimmung zu bezeichnen (daher die Eintheilung der Neueren in privilegia favorabilia und odiosa); aber es scheint nicht, daß die Quellen ihn in diesem Sinne gebrauchen; der deutsche Ausdruck „Privilegium" kann ganz entschieden in diesem Sinne nicht gebraucht werden. Den Gegensatz zum privilegium bildet das ius commune, das Allen gemeinschaftliche Recht. Vgl. l. 12 D. de min. 4. 4, l. 7 D. de iniusto 28. 3, l. 15 D. de vulg. 28. 6, l. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, l. 37 D. de I. F. 49. 14.

[5] Die Quellen unterscheiden zwischen privilegia personae und privilegia causae. L. 196 D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 68 eod. Beispiele: Concursprivilegium der Stadtgemeinden — der Begräbnißkosten, Steuer-Freiheit z. B. der Rittergüter.

Der Ausdruck Privilegium wird aber auch zur Bezeichnung derjenigen Rechtsbestimmungen gebraucht, durch welche einer individuellen Person oder Sache oder einem individuellen Rechtsverhältniß eine Rechtsbegünstigung gewährt wird, und ebenso zur Bezeichnung der durch solche Bestimmungen gewährten Vorrechte Von den Privilegien in diesem Sinne wird unten (§. 135. 136) besonders gehandelt werden.

### Zwingendes und nachgiebiges Recht.

### §. 30.

Es gibt Rechtssätze, welche jede Privatwillkür ausschließen: sie kommen zur Anwendung auch wenn die Parteien sie ausschließen wollen, sie zwingen. Andere Rechtssätze lassen es sich gefallen, daß das betreffende Verhältniß durch Privatwillkür anders geordnet werde, und kommen nur dann zur Anwendung, wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt[1].

---

# Viertes Kapitel.

## Gebiet des Rechts.

### I. Zeitliche Grenzen.

### §. 31.

Die zeitlichen Grenzen des Gebietes der Rechtssätze werden bestimmt durch den Zeitpunkt der Entstehung und den Zeitpunkt des Untergangs der Rechtssätze. Die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung und endigt mit ihrem Untergang.

---

§. 30. [1] Beispiele: der Schuldner muß für Arglist einstehen — der Verkäufer muß für Fahrlässigkeit einstehen. — Andere Bezeichnungen, welche für diesen Gegensatz gebraucht werden, sind: absolutes, gebietendes Recht — vermittelndes, ergänzendes, suppletorisches, dispositives Recht. Die Quellen bezeichnen das zwingende Recht als ius publicum, auch als ius commune, iuris forma, ius schlechthin. Vgl. z. B. l. 38 D. de pactis 2. 14, l. 20 pr. D. de rel. 11. 7, l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 42 eod., l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. 23. 4, l. 27 D. de R. I. 50. 17.

Die Geltung der Rechtssätze beginnt mit ihrer Entstehung. Es müßte denn ein Rechtssatz sich selbst verbindende Kraft erst von einer späteren Zeit an beigelegt haben. Gesetze thun dieß sehr gewöhnlich; sie lassen dem Bürger eine gewisse Frist, um sich mit ihnen bekannt zu machen[1].

Die Geltung der Rechtssätze endigt mit ihrem Untergang. Dieser kann seinen Grund in den Rechtssätzen selbst haben, indem dieselben sich verbindende Kraft nur für eine gewisse Zeit oder nur für gewisse vorübergehende Umstände und Voraussetzungen beilegen[2]. Abgesehen hiervon dauert ein Rechtssatz so lange, bis er durch eine Rechtsquelle, Gesetz oder Gewohnheit, wieder aufgehoben wird. Eine specielle sich dabei ergebende Frage ist, inwiefern durch die Aufhebung einer Regel auch die Ausnahmen von der Regel aufgehoben werden[3]. Diese Frage hat natürlich keinen Sinn für den Fall, wo eine Regel schlechthin aufgehoben wird; hier versteht es sich von selbst, daß die bisherigen Ausnahmen nun selbst zur Regel werden. Die Frage hat nur Sinn für den Fall, wo eine Regel in der Weise aufgehoben wird, daß an ihre Stelle eine Regel anderen Inhalts gesetzt wird. Für diesen Fall ist es eine Interpretationsfrage, ob der neue Rechtssatz auch die Ausnahmen von der alten Regel habe beseitigen wollen; im Zweifel ist diese Frage zu verneinen[4].

---

[1] Verfassung des deutschen Reiches Art. 2. „Sofern nicht in dem publicirten Gesetz ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Bundesgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist". §. 31.

[2] Dahin gehören namentlich die s. g. transitorischen Gesetze, welche bestimmt sind, aus einem Rechtszustand in einen andern überzuleiten. Vgl. Nov. 66 c. 1, Nov. 116 c. 1.

[3] Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 7, Wächter II §. 28, Unger I §. 16.

[4] Beispiele. a. Es ist irgendwo Rechtens, daß die Frauen zu ihren Rechtshandlungen eines Beistandes bedürfen; ausgenommen sind die Handelsfrauen. Ein neues Gesetz erklärt die Frauen für handlungsfähig auch ohne Beistand. b. Es ist Rechtens, daß ein Testament vor 7 Zeugen errichtet werden müsse; gewisse Personen können aber formlos testiren. Hinterher wird bestimmt, daß das Testament nur 5 Zeugen bedürfen solle. Oder: es ist Rechtens, daß die Ansprüche in 30 Jahren verjähren; gewisse Ansprüche aber

## §. 32*.

Die zeitliche Abgrenzung des Gebietes der Rechtssätze hat nicht die Bedeutung, daß für jede Zeit das in ihr geltende Recht die ausschließliche Quelle der rechtlichen Beurtheilung und im Besonderen der richterlichen Rechtsanwendung bildet. Sondern sie hat die Bedeutung, daß das Recht einer jeden Zeit die in dieser Zeit vorkommenden Thatsachen, auf welche es seinem Inhalt nach anwendbar ist, ergreift und ihnen ihre rechtliche Ausprägung giebt, d. h. näher, daß es darüber die Entscheidung trifft, ob und welche rechtliche Wirkungen durch diese Thatsachen erzeugt sind. Wird dann später das Recht geändert, so wird damit die von dem früheren Recht getroffene Entscheidung nicht hinfällig [1]; das neue Recht ergreift nicht die vor ihm liegenden Thatsachen, es hat keine rückwirkende Kraft [1a]. Voraus-

verjähren in 5 ꝛc. Jahren. Es wird durch ein neues Gesetz bestimmt, daß die Ansprüche in 20 Jahren verjähren sollen. In beiden Fällen dauern natürlich die Ausnahmen von der alten Regel auch unter der neuen fort. Anders aber, wenn etwa das neue Gesetz ausdrücklich erklärt hätte, daß es in allen Fällen gelten wolle, oder wenn es die Ausnahmen, die es zulassen will, aufgezählt hätte, oder wenn sich aus anderen Umständen nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber seine neue Regel als absolute habe betrachtet wissen wollen.

§. 32. * Aus der reichen älteren Literatur der in diesem §. behandelten Frage sollen hier nur zwei Schriften hervorgehoben werden: A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Aus der neueren Zeit: Savigny System VIII §. 383—400 (1849). v. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts I Nr. 6 (1853). Fr. Wyß Zeitschr. f. schweizerisches Recht III S. 124 fg. (1854). Bornemann Erörterungen im Gebiete des preußischen Rechts Heft 1 Nr. 1 (1855). Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht Bd. 1 Heft 2 (1860). Ferd. Lassalle das System der erworbenen Rechte Theil 1. Auch unter dem Titel: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preußischen Rechts (1861). R. Schmid die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen S. 101—148 (1863). — Kierulff S. 63—72, Vangerow I §. 26, Wächter II §. 29. 30, Unger I §. 20. 21, Beseler deutsches Privatr. §. 21, Stobbe deutsch. Privatr. I §. 27. 28, Böhlau Mecklenb. Landrecht I §. 67.

[1] Mag sie positiv lauten, oder negativ, d. h. daß keine rechtlichen Wirkungen entstanden sind.

[1a] L. 7 C. de legib. 1. 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari . .“. (Wieder-

gesetzt, daß es sich nicht rückwirkende Kraft beilegt[2]; denn daß dazu das Recht (Gesetz) die formelle Macht hat, ist selbstverständlich[3].

Zu dem Gesagten ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Das neue Recht ergreift nicht rückwärts diejenigen Thatsachen, denen das frühere Recht in dem zuvor bezeichneten Sinne ihre fertige Ausprägung gegeben hat. Dagegen zieht das neue Recht sich nicht zurück vor bloßen Möglichkeiten und Erwartungen, welche nach dem früheren Recht bestanden[4].

2. Das neue Recht braucht sich, um rückwirkende Kraft zu haben, dieselbe nicht ausdrücklich beizulegen. Es genügt, daß dieselbe als gewollt aus dem Ausdruck oder dem Inhalt des neuen Rechts erkannt werden kann. Dabei kommt namentlich in Betracht die Wichtigkeit und Bedeutung, welche der Urheber des

---

holt in c. 13 X. de const. 1. 2.) L. 65 i. f. C. de decur. 10. 31, Nov. 66 c. 1 §. 4. Vgl. Cic. in Verrem I. 42. „De iure civili si quis novi quid constituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur."

[2] Die in der vorigen Note citirte l. 7 C. de legib. 1. 14 fährt fort: „nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit". Das „nominatim" geht übrigens zu weit. S. den Verfolg im Text unter Nr. 2. Beispiele aus den Quellen von Gesetzen, welche sich rückwirkende Kraft beilegen: l. 27 pr. C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, Nov. 19 praef. c. 1. Gesetze, welche die rückwirkende Kraft ausdrücklich ausschließen in l. 18 C. de testib. 4. 30, l. 23 C. mand. 4. 35, l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, l. 29 C. de testam. 6. 23, l. un. §. 15 C. de cad. toll. 6. 51, l. un. i. f. C. de lat. lib. toll. 76.

[3] Wenn Böcking I S. 317 lehrte, ein Gesetz könne nicht rückwirkende Kraft haben, so versteht er darunter näher, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, „absolutes Unrecht" sei. Vgl. auch Böhlau a. a. O. S. 399. 400. Das ist keine privatrechtliche Frage. Lassalle (s. übrigens Note 6 a. E.) geht so weit zu behaupten, daß ein Gesetz, welches sich selbst rückwirkende Kraft beilege, für den Richter unverbindlich sei (a. a. O. S. 55 fg.). Diese Ansicht findet sich schon bei G. Struve, über das positive Rechtsgesetz hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831) S. 6. 30—34. 153. 154, worüber zu vergleichen ist Savigny a. a. O. S. 406. — Uebrigens mischt sich bei Böcking a. a. O. auch die Auffassung ein, daß ein Gesetz nicht bewirken könne, daß es zu einer Zeit gegolten habe, zu welcher es noch nicht gegolten hat, welche Auffassung bei Brinz 2. Aufl. S. 96 fg. in den Vordergrund tritt. Aber ein Gesetz, welches sich in diesem Sinne rückwirkende Kraft beilegen wollte, wäre nicht absolutes Unrecht, sondern absoluter Unsinn.

[4] Beispiele. Jemand ist der nächste Intestaterbe eines Lebenden, ein neues

neuen Rechts diesem aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt; je größer diese Bedeutung ist, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Urheber des neuen Rechts demselben auch die früher entstandenen Rechtsverhältnisse habe unterwerfen wollen[5]. Dagegen ist abzulehnen der abstracte Satz, daß alle Rechtssätze, welche sich nicht direct an die Thatsachen wenden, sondern über Existenz und Inhalt der Rechte bestimmen, sich damit auch rückwirkende Kraft beilegen[6].

---

Gesetz zieht ihm einen Anderen vor. Ein Jude kann nach dem bestehenden Recht Grundeigenthum erwerben; ein neues Gesetz entzieht Juden diese Fähigkeit. Nach dem bestehenden Rechte tritt die Volljährigkeit mit dem 21. Jahre ein; ein neues Gesetz verlangt für dieselbe 25 Jahre. Und zwar wird man in dem letzteren Falle nicht bloß sagen müssen, daß diejenigen, welche zur Zeit des neuen Gesetzes das 21. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, erst mit dem 25. Jahre volljährig werden, sondern auch, daß diejenigen, welche bereits 21 aber noch nicht 25 Jahre alt sind, wieder minderjährig werden. Das Letztere wird häufig geleugnet, aber nicht aus zureichenden Gründen. Ein erworbenes Recht ist die Volljährigkeit gewiß nicht; sie gibt nur die Fähigkeit in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Wenn Frauen ohne Beistand für handlungsunfähig erklärt würden, wo sie früher handlungsfähig waren, so würde es Niemandem in den Sinn kommen, die bereits geborenen Frauen von der Bestimmung des Gesetzes auszunehmen; warum soll es anders sein, wenn ein Gesetz sagt: Einundzwanzigjährige sind nicht mehr handlungsfähig, sondern erst Fünfundzwanzigjährige? Man könnte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Verwirrung gewollt habe, welche daraus entstehen muß, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen gemacht wird; aber Verwirrung ist es auch, wenn der Eine mit 21 Jahren volljährig ist, und der Andere erst mit 25 Jahren. Das versteht sich aber von selbst, daß die von einem Einundzwanzigjährigen vor dem neuen Gesetz bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gültig bleiben; durch sie sind Rechte erworben worden, welche das neue Gesetz nicht zurücknimmt. Vgl. Stobbe a. a. O. §. 28 Note 4. — Aus der Praxis: Seuff. Arch. IV. 93. 199, XIX. 210.

[5] So ist wenn z. B. ein Gesetz die Ehescheidungsgründe anders ordnet, im Zweifel anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesem Gesetz die bereits geschlossenen Ehen habe unterwerfen wollen. Wenn in einem Staate das Hypothekenbuchsystem neu eingeführt wird, ist im Zweifel anzunehmen, der Gesetzgeber habe nicht bloß das Entstehen neuer Hypotheken, sondern auch das Fortbestehen bereits begründeter an die Eintragung in das Hypothekenbuch binden wollen. S. auch die folgende Note. Uebrigens wird, wenn heutzutage ein neues Gesetz solcher Bedeutung erlassen wird, eine ausdrückliche Bestimmung über die Behandlung der der früheren Zeit angehörenden Rechtsverhältnisse kaum jemals fehlen.

3. Wie ein neuer Rechtssatz „sich rückwirkende Kraft zuschreiben kann, obgleich sie ihm nach dem oben aufgestellten Grund-

* Diesen Satz stellt Savigny (a. a. O. §. 384) auf: Rechtssätze über das „Dasein der Rechte", d. h. „Sein und Nichtsein" und „So oder Anders sein", im Gegensatz zu den Rechtssätzen über den „Erwerb der Rechte". Zur Erläuterung dieses Gegensatzes bringt Savigny folgende Beispiele bei. 1) Es wird in einem Staate die bisher bestehende Sclaverei aufgehoben, oder die Germanische Leibeigenschaft oder das Zehntrecht. Es werden Zehnten für ablösbar erklärt. Es wird vorgeschrieben, daß das Eigenthum an beweglichen Sachen nicht mehr durch Vindication verfolgt werden könne. 2) Ein Rechtssatz schreibt vor, daß Eigenthum nicht mehr durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition veräußert werden könne. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß bei einem Gegenstand, dessen Werth mehr als fünfzig Thaler beträgt, nur ein schriftlicher Vertrag klagbar sein solle. — Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß alle hier unter 1) genannten Gesetze in Ermangelung entgegenstehender Gründe auch auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse der genannten Art bezogen werden müßten; aber nicht deßwegen, weil sie die Existenz oder den Inhalt der Rechte zum Gegenstand haben, sondern theils weil in ihnen ein sittliches oder nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung vertreten wird, theils weil sie sonst nur einen sehr geringen Kreis der Anwendbarkeit finden würden, welcher zu dem Gewichte, mit dem das Gesetz auftritt, in keinem Verhältniß stehen würde (daß heutzutage noch Zehnten begründet werden, gehört zu den größten Seltenheiten), theils weil aus der Freilassung der bereits entstandenen Rechte sich eine heillose Verwirrung des Verkehrs ergeben würde, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe (bei jeder einzelnen beweglichen Sache müßte untersucht werden, ob Eigenthum an derselben vor oder nach dem neuen Gesetze erworben worden sei). Man vergleiche aber auf der anderen Seite folgende Fälle. Ein Rechtssatz hebt den älterlichen Nießbrauch oder das Recht der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung auf. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß der Käufer nicht mehr die Gefahr der Sache tragen solle. Ein Rechtssatz schreibt vor, daß Kauf nicht mehr Miethe brechen solle. Ich glaube nicht, daß in diesen Fällen — abgesehen von besonderen Gründen — Veranlassung vorhanden wäre, die bestehenden älterlichen Nießbrauchsrechte, die bestehenden Rechtsverhältnisse der Minderjährigen, die bestehenden Kauf- und Miethverträge mit unter die Bestimmung des neuen Rechtssatzes zu ziehen. S. auch l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, Nov. 22 c. 1. Seuff. Arch. XII. 119, XIX. 3, XXI. 91; XVIII. 104, XX. 99. — Mit Savigny stellen auch Scheurl und Schmid a. a. OO. den allgemeinen Satz auf, daß die Gesetze über Dasein und Inhalt der Rechte die bestehenden Rechtsverhältnisse ergreifen. Diese Schriftsteller bestreiten aber (bei Scheurl ist dieß der Hauptgedanke), daß darin eine Rückwirkung liege, da solche Gesetze die Vergangenheit unberührt ließen. Das Letztere ist richtig; aber immerhin berühren sie der Vergangenheit angehörige Rechtsverhältnisse. Theilweise wie Savigny Böhlau a. a. O., indem er

satz nicht zukommt, so ist es umgekehrt auch möglich, daß ein neuer Rechtssatz eine der früheren Zeit angehörige Thatsache oder einen der früheren Zeit angehörigen Zustand nicht ergreifen will, obgleich dieselben nach dem aufgestellten Grundsatz unter ihn fallen[7]. Und auch hier ist eine ausdrückliche Erklärung des Rechtssatzes nicht erforderlich; es genügt daß sein wirklicher Wille durch Auslegung festgestellt werden kann[8].

4. In der hervorragenden Aufgabe, welche nach dem Gesagten der Auslegung in dieser Lehre zufällt, liegt ein Hauptgrund ihrer Schwierigkeit. Ein anderer Grund ist, daß es in einem gegebenen Falle zweifelhaft sein kann, ob die entscheidende Thatsache dieser oder jener Zeit angehört[9].[10]

---

dessen Aufstellung auf Gesetze beschränkt, durch welche ein ganzes Rechtsinstitut aufgehoben oder doch so wesentlich umgestaltet werde, daß die alte neben der neuen Form des Gesetzes keinen Raum mehr habe; im Uebrigen sei Savigny gegenüber „die communis opinio gewiß im Rechte". — Lassalle lehrt: kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensaction trifft; jedes Gesetz darf zurückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenkunft eines solchen freiwilligen Actes trifft.

[7] So schrieb Justinian, als er in l. 29 C. de testam. 6. 23 die Testamentsform erschwerte, vor, daß davon die bereits errichteten Testamente unberührt bleiben sollten, obgleich doch ein Testament in gleicher Weise, wie ein bestehendes Vormundschaftsverhältniß, nur die Möglichkeit eines künftigen Erwerbes der Erbschaft eröffnet.

[8] Wenn eine neue Testamentsform vorgeschrieben wird, ist dann nicht auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers anzunehmen, daß er denjenigen, welche schon vor dem neuen Gesetze testirt haben, nicht die Pflicht habe auferlegen wollen, ein neues Testament zu errichten? Ist auch anzunehmen, daß, wenn die neue Testamentsform leichter ist, er das früher ungültig errichtete Testament nach der neuen Form habe aufrecht erhalten wollen? Vgl. Savigny S. 401. 466. Publicationsverordnung zum Preuß. Landrecht Art. XII, zum Bad. Landrecht Art. XI Nr. 1—3, zum Sächs. Gesetzbuch §. 23. Muß nicht angenommen werden, daß bei Veränderung des Großjährigkeitstermines der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, den bereits großjährig Gewordenen die Großjährigkeit wieder zu entziehen? S. Note 4.

[9] Wenn ein neues Gesetz eine Obligation, welche bis dahin für den Schuldner unvererblich war, für vererblich erklärt, und der Erbfall tritt nach dem Erlasse des neuen Gesetzes ein, ist dann die entscheidende Thatsache der Erbfall, oder diejenige Thatsache, welche die Verpflichtung des Erblassers begründet hat, eine Verpflichtung mit der Qualität der Unvererblichkeit? Im ersten Sinne hat das OAG. zu Lübeck bei Seuff. Arch. IV. 93 entschieden,

## §. 33.

Wenn sich ein Rechtssatz rückwirkende Kraft beilegt, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn auch Fälle, welche durch

nicht mit Recht, wie ich glaube. Ebenso, wenn bisher der Satz dies interpellat pro homine gegolten hat, und ein neues Gesetz hebt ihn auf, muß man dann nicht sagen, daß der Schuldner einer früher entstandenen Obligation dennoch ohne Mahnung in Verzug komme, wegen einer der Obligation durch das frühere Recht gegebenen Qualität? Vgl. Stobbe a. a. O. S. 167 lit. c. Seuff. Arch. XXVI. 16.

[10] Detailausführungen bei: Savigny VIII §. 388 fg., Unger I §. 21, Schmid S. 119 fg., Stobbe §. 28 Nur Eine Frage soll hier noch berücksichtigt werden, die nach der Tragweite neuer Verjährungsgesetze; von derselben handeln im Besonderen: Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. 3 (1846), Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXII. 6 (1849), Scheurl a. a. O. S. 143 fg. Vgl. auch die ausführlichen Bestimmungen in der Publicationsverordnung zum Sächs. Gesetzb. §. 8 fg. Es ist Folgendes zu sagen. Eine begonnene Verjährung gibt noch kein Recht; daher wird sie von dem neuen Rechtssatz ergriffen, und es hat der Verjährende keinen Anspruch darauf, sie nach dem alten Rechtssatz zu vollenden, wenn der neue Rechtssatz sie für unzulässig erklärt, oder für dieselbe eine Bedingung verlangt, welche nach dem früheren Rechtssatz nicht erforderlich war, z. B. guten Glauben. Es hat in dem letzteren Falle auch nicht etwa der Verjährende die Befugniß, wenigstens dann, wenn später die erforderliche Bedingung eingetreten ist, die unter dem früheren Rechtssatz ohne diese Bedingung abgelaufene Verjährungszeit zu der mit dieser Bedingung abgelaufenen hinzuzurechnen; der neue Rechtssatz verlangt diese Bedingung für die ganze Verjährungszeit. Erschwert dagegen der neue Rechtssatz nicht die Bedingungen der Verjährung, sondern erhöht er nur ihre Dauer, so wird dadurch die bisher abgelaufene Verjährungszeit nicht unnütz; denn daß der Ablauf der Zeit unter den vorhandenen Bedingungen eine Verjährung begründe, war auch schon früher Rechtens, und der neue Rechssatz verlangt nur, daß ein gewisser Zustand eine gewisse Zeit gedauert habe, nicht, daß er unter seiner Herrschaft eine gewisse Zeit gedauert habe. Das Gleiche, daß die früher abgelaufene Zeit nicht unnütz wird, ist auch zu sagen, wenn der neue Rechtssatz die Verjährungszeit erniedrigt, nur nicht auch, daß die früher abgelaufene Verjährungszeit zu ihrem vollen Werthe gerechnet werden dürfe. Es würde darin eine Beeinträchtigung dessen, gegen den die Verjährung läuft, liegen, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe; was sich am Schärfsten herausstellt, wenn die bisher abgelaufene Verjährungszeit der Vorschrift des neuen Gesetzes bereits entspricht (Die Verjährungszeit betrug bisher 20 Jahre; 10 Jahre sind verflossen; nun wird eine zehnjährige Verjährungszeit eingeführt). Man wird in einem solchen Falle dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers genügen, wenn man entweder

gütliche Uebereinkunft oder rechtskräftiges Urtheil vollständig erledigt sind, von dem Rechtssatz ergriffen würden; sie sind und bleiben erledigt[1]. Aber auch wenn ein Urtheil vorliegt, welches noch nicht rechtskräftig geworden ist, muß für den betreffenden Fall das frühere und nicht das neue Recht zur Anwendung gebracht werden, weil der Richter der höheren Instanz der Prüfung des angefochtenen Urtheils das zur Zeit, wo es gesprochen wurde, geltende Recht zu Grunde zu legen hat[2]. —

Rechtssätze, welche eine authentische Interpretation eines früheren Rechtssatzes aufstellen, legen ihren Inhalt in den früheren Rechtssatz hinein, und wollen sich also betrachtet wissen, als hätten sie bereits von der Zeit des früheren Rechtsatzes an gegolten. Deßwegen sind sie maßgebend für alle von dieser Zeit an begründeten Rechtsverhältnisse[3], aber nicht eigentlich kraft einer ihnen beigelegten rückwirkenden Kraft; sie sind maßgebend für jene Verhältnisse nicht obgleich dieselben einer vor ihnen liegenden Zeit angehören, sondern weil dieselben im Sinne des Rechtssatzes einer vor ihm liegenden Zeit nicht angehören. Daraus folgt, daß, wenn über einen Fall noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt ist, dem Urtheil der höheren Instanz der Inhalt des auslegenden Rechtssatzes zu Grunde gelegt werden muß. Aber es kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch Fälle, welche durch rechtskräftiges Urtheil oder auf gütlichem Wege bereits vollständig erledigt sind, von der Bestimmung des auslegenden Rechtssatzes neuerdings ergriffen würden[4].

---

die abgelaufene Verjährungszeit auf den Maßstab der neuen reducirt (in dem angegebenen Beispiel: abgelaufen ist die Hälfte der Verjährungszeit, die Hälfte von 10 ist 5), oder wenn man dem Verjährenden gestattet, entweder die Verjährung nach dem alten Gesetze zu vollenden oder nach dem neuen eine neue zu beginnen.

§. 33. [1] Dieser Satz ist in den Quellen nicht principiell, aber in zahlreichen Anwendungen ausgesprochen. L. un. §. 4 C. de contr. iud. 1. 53, l. 17 C. de fide instr. 4. 21, l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 15 §. 5 C. de leg. her. 6. 58, Nov. 19 prooem. c. 1.

[2] Nov. 115 c. 1.

[3] Nov. 19 prooem., Nov. 143.

[4] Es ist eine Sache der äußersten Unwahrscheinlichkeit, daß ein Gesetzgeber vollkommen abgethane rechtliche Verhältnisse wieder aus ihrem Grabe

## II. Räumliche Grenzen.

### §. 34.

Innerhalb der Zeit, für welche die Rechtssätze gelten, gelten sie für einen gewissen Raum. Dieser Raum kann mit dem Raume, welchen ein bestimmter Staat einnimmt, zusammenfallen, er kann enger, er kann auch weiter sein[1].

Daß aber ein Rechtssatz für einen gewissen Raum gilt, hat nicht die Bedeutung, daß er einer jeden in diesem Raum erfolgenden Rechtsentscheidung zu Grunde gelegt werden muß, so wenig wie die zeitliche Abgrenzung des Herrschaftsgebietes der Rechtssätze die Bedeutung hat, das Recht einer jeden Zeit zur ausschließlichen Quelle der in dieser Zeit zu treffenden Rechtsentscheidungen zu machen. Vielmehr ist in jedem Raume das Recht

---

habe hervorrufen wollen. Auch wenn ein Rechtssatz sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt hat, versteht sich ja nicht von selbst, daß er sich auf die erledigten Fälle erstreckt. Savigny S. 512 fg., Beseler deutsch. Privatr. §. 21 Note 17, Stobbe deutsch. Privatr. I S. 159. — Ganz läugnet die rückwirkende Kraft der interpretirenden Rechtssätze Bremer Jahrb. d. gem. R. II. 7 (1858); seine Meinung ist, daß in denselben für die frühere Zeit nur eine Belehrung enthalten sei. S. dagegen Böhlau Mecklenb. Landr. I §. 67 Note 32.

[1] Das gemeine deutsche Recht gilt für die größere Zahl der deutschen Staaten. Die deutschen Particularrechte umfassen zum größten Theil nur einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates. (Vgl. darüber Roth, die deutschen Particularrechte, Arch. f. prakt. Rechtswissensch. VIII S. 317 fg.)

§. 34. [2] Die im Folgenden behandelte Lehre hat eine sehr reiche Literatur. Die ältere s. bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 230 fg. Aus der neueren Zeit ist vor Allem zu bemerken der genannte Aufsatz von Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV. 2. (1841), fortges. XXV. 1. 4. 12 (1842), und die ausführlichste Schrift über unseren Gegenstand: L. Bar das internationale Privat- und Strafrecht (1862). Dazu Ders. krit. VJSchr. XV S. 1 fg. Ferner: Schäffner Entwickelung des internationalen Privatrechts (1841). Günther in Weiske's Rechtslex. IV S. 721—755 (1843). Pütter das praktische Europäische Fremdenrecht (1845). Savigny System VIII §. 345—382 (1849). Pfeiffer das Princip des internationalen Privatrechts (1851). Pütter Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 14 und XXXVIII. 3 (1854. 1855). Bornemann Erörterungen aus dem Gebiete des Preußischen Rechts Heft 1 Nr. 2 (1855). R. Schmid (§. 32*) S. 4—101 (1863). — Kierulff S. 73—82, Sintenis I §. 7, Wächter II §. 18—20, Unger I §. 22. 23. Beseler deutsch. Privatr. §. 38. 39, Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 71—85, Stobbe deutsch.

dieses Raumes nur in so weit zur Anwendung zu bringen, als auch das zu beurtheilende Rechtsverhältniß diesem Raume angehört, dagegen fremdes Recht, wenn das zu beurtheilende Rechtsverhältniß einem fremden Raume angehört[8]. Keine Frage freilich ist es, daß das einheimische Recht die Anwendung fremden Rechtes ausschließen kann, so wie daß eine solche Ausschließung

---

Privatr. I §. 29—34, Roth Bayr. Civilrecht I §. 16, Böhlau Meckenb. Landrecht I §. 69—77. — Aus der ausländischen Literatur: Jos. Story comment. on the conflict of laws foreign and domestic. Boston 1834. Sixth ed. by Isaac Redfield. Boston 1865. Foelix traité du droit international privé. Paris 1843. 2. Aufl. 1847. Rob. Phillimore commentl upon international law. London 1854—1861 (vol. 4: Private internationa. law). — Ueber die Grundsätze des römischen Rechts s. noch Voigt ius naturale IV S. 285 fg., über die Grundsätze des älteren deutschen Rechts Stobbe Jahrb. d. gem. R. VI. 2. — Man spricht gewöhnlich von der „örtlichen Collission der Gesetze" (früher: „der Statute"), und nennt die Lehre auch wohl nach englischem und amerikanischem Vorbild die Lehre vom „internationalen Privatrecht".

[8] Dieß ist die Theorie Savigny's; um zu wissen, welches Recht auf ein gegebenes Rechtsverhältniß anzuwenden sei, müsse man seinen „Sitz" aufsuchen. Früher suchte man die Frage zu erledigen durch die Eintheilung in statuta personalia, realia, mixta, wovon der Sinn folgender war: die Rechtsverhältnisse der Person als solcher bestimmen sich nach dem Recht des Wohnsitzes der Person, die Rechtsverhältnisse an Sachen nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache sich befindet, die Rechtsverhältnisse, welche aus Handlungen entstehen, nach dem Rechte des Ortes, wo die Handlung vorgenommen worden ist; doch wurde in Betreff des Letzteren vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß das nur für die Form der Handlung gelten solle. Den schwächsten Punkt dieser Theorie bildeten offenbar die statuta mixta; gegen die beiden ersten Sätze derselben ist, wenn sie richtig gefaßt werden, was freilich nicht immer geschah, nichts einzuwenden. Vgl. über diese Theorie Wächter Arch. XXIV S. 270 fg., Savigny S. 121 fg., Bar S. 20 fg. — Andere Principien, welche man in dieser Lehre aufgestellt hat (vgl. darüber Wächter Arch. XXIV S. 298 fg. XXV S. 1 fg., Savigny VIII S. 124 fg., Bar S. 40 fg., Schmid S. 126), sind folgende. 1) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben begründeten Verhältnisse. 2) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben erworbenen Rechte. 3) Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die Rechtsverhältnisse der Personen, welche unter demselben ihren Wohnsitz haben. Wächter stellt kein weiteres Princip auf, als daß nach dem fremden Rechte zu urtheilen sei, wenn dieß dem Sinne und Geiste des betreffenden einheimischen Rechtssatzes gemäß sei. Eine Annäherung an diesen Standpunkt zeigt die Schrift Bar's, welche sich selbst als nähere Ausführung der Wäch-

nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, sondern daß es genügt, wenn der Ausschließungswille aus dem Ausdrucke oder dem Inhalt eines Rechtssatzes mit Sicherheit erkannt werden kann, wobei auch hier[4] von besonderer Bedeutung der Grad der Wichtigkeit ist, welche ein Rechtssatz dem von ihm aufgestellten sittlichen oder volkswirthschaftlichen Princip beilegt[5]. Aber so weit ein gegentheiliger Wille eines Rechtssatzes oder des Rechtsganzen, zu welchem er gehört, nicht hervortritt, ist eben anzunehmen, daß das einheimische Recht nur diejenigen Rechtsverhältnisse ergreifen wolle, die seinem Raume angehören, und daß es für die einem fremden Raum angehörigen das fremde Recht zulassen wolle[6]. Und zwar kann es dabei keinen Unterschied machen, ob das Recht, welches concurrirt, ein Recht desselben Staates, oder ob es ein Recht eines fremden

ter'schen und Savigny'schen Principien bezeichnet (S. 58). Ueber Schmid, der im Uebrigen den Savigny'schen Ausgangspunkt anerkennt (S. 26), s. Note 5. Für die Savigny'sche Grundauffassung auch Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg., ebenso die neuesten Stimmen über unsere Lehre, die in Note 2 genannten Lehrbücher von Stobbe, Roth und Böhlau (welcher Letztere nur für Bestimmung der Ortsangehörigkeit der Rechtsverhältnisse einen besonderen Weg einschlägt, vgl. §. 35 Note 9).

[4] Vgl. §. 32 Note 5.

[5] Savigny (§. 349) stellt den allgemeinen Satz auf, daß jedes auf Gründen der Sittlichkeit oder des öffentlichen Wohls beruhende Gesetz ausschließliche Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehme. Derselbe weist ferner als „unter allen Umständen unanwendbar" aus „Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist", z. B. wenn das fremde Recht das Institut des bürgerlichen Todes kennt, das unsrige nicht. Noch weiter, als Savigny, geht Schmid a. a. O. S. 26 fg. Derselbe schließt die Anwendung fremden Rechts aus: 1) wenn sie nicht als Bedingung eines gesicherten nationalen Verkehres unter Privaten erscheine; 2) wenn durch sie eine Störung in der eigenen rechtlichen Ordnung herbeigeführt werde, die ein bedeutenderes rechtliches Interesse verletze, als in dem gesicherten internationalen Verkehre liege. Gegen die Aufstellung einer allgemeinen Regel erklärt sich auch Böhlau S. 490 fg. — Vgl. Seuff. Arch. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. 1.

[6] Es ist das Verdienst Wächter's, mit Energie betont zu haben, daß die Frage nach der Anwendbarkeit fremden Rechtes nur aus dem einheimischen Recht beantwortet werden könne, und diese Auffassung ist gegenwärtig die fast allgemein herrschende. Doch lehrt in Widerspruch mit derselben neuestens Böhlau (a. a. O. §. 71), die Anwendung des fremden Rechtes innerhalb seines Wirkungskreises sei gemeines deutsches Recht; diese Anerkennung ergebe sich als nothwendige Consequenz aus dem gemeinrechtlichen Satz, daß dem

Staates ist. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Recht eines fremden Staates principiell ausgeschlossen sein soll[7], beruht auf einer ungenügenden Auffassung des Verhältnisses der einzelnen in den völkerrechtlichen Verkehr aufgenommenen Staaten. Dieselben schließen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechts, und in dieser Arbeit als Glieder einer höheren Gemeinschaft. So erscheint auch die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staates jedem anderen zu derselben gehörigen Staate als Organ der allgemeinen Rechtsordnung, und daher in keinem andern Lichte, als seine eigene Rechtsordnung.

§. 35.

Für die Frage, welches der Punkt des Raumes sei, welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse angehören, sind folgende Sätze maßgebend.

1. Das Verhältniß der Person zum Rechte überhaupt, von welchem ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit abhängt, bekommt seine Beziehung auf den Raum durch den Wonhsitz[1] der Person[2].

---

Fremden Rechtsgleichheit mit dem Einheimischen zukomme. Aber ist nicht auch das Rechtsgleichheit, wenn er nach demselben Recht beurtheilt wird, wie der Einheimische? Abweichend nach ganz anderer Seite jetzt auch Brinz in der 2. Aufl. seines Pandektenlehrbuchs, welcher das internationale Privatrecht für Völkerrecht erklärt.

[7] Sie wird vertreten von Pfeiffer (Note 2), Pütter (Note 2), Puchta Pand. §. 113, Hälschner Dis. iuris gentium de legum quae ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines. 1851.

§. 35. [1] Beispiele. Wer nach dem Recht seines Wohnsitzes mit 21 Jahren volljährig wird, muß auch unter einem Rechte, nach welchem die Volljährigkeit erst mit dem 25. Jahre eintritt, als volljährig anerkannt werden. Eine Frau, welche nach dem Rechte ihres Wohnsitzes ohne Beistand handlungsfähig ist, ist es auch für den Richter eines Ortes, dessen Recht die Handlungsfähigkeit der Frauen an die Zuziehung eines Beistandes bindet. — Ueber die diesem Grundsatz hinzuzufügenden Beschränkungen, und speciell über die dabei aufgestellte Unterscheidung zwischen Dasein der rechtlichen Eigenschaften einer Person an sich und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften, s. Wächter Arch. XXV S. 167 fg., Savigny S. 134 fg., Bar S. 148 fg. (krit. VJSchr. XV S. 21 fg.), Schmid S. 32 fg., Stobbe §. 30, Böhlau S. 472 fg.

2. Die Rechtsverhältnisse an Sachen gehören demjenigen Punkte des Raumes an, wo die Sache sich befindet. Dieses gilt sowohl für bewegliche Sachen, wie für unbewegliche. Nur können bewegliche Sachen ihren Ort wechseln, und daher kann möglicherweise für den Erwerb des Rechts an denselben ein anderes Recht maßgebend sein, als für den Inhalt und den Fortbestand des Rechts[3].

3. Der Punkt des Raumes, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse[4] angehören, wird bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien. An und für sich nicht minder durch den Wohnsitz des Gläubigers, als durch den des Schuldners; da aber der Gläubiger derjenige ist, welcher verlangt, so muß er, um überhaupt etwas zu erlangen, das Recht des Wohnsitzes des Schuld-

— Seuff. Arch. II. 2, IV. 236, XII. 243, XIII. 79. 181. XIV. 4, XV. 94. 199, XX. 4, XXII. 5, XXIV. 2.

[2] Wie bei Wohnsitz ohne Wohnrecht? Die Frage wiederholt sich in allen anderen Fällen, in welchen der Wohnsitz der Person das anzuwendende Recht bestimmt. Nach der herrschenden Meinung entscheidet der Wohnsitz auch wenn er mit Wohnrecht nicht verbunden ist. Gegen dieselbe Bar S. 73. 83 fg. (krit. VJSchr. XV S. 16 fg.), gegen diesen Stobbe S. 181 fg., Böhlau S. 469 fg. Vgl. Seuff. Arch. XX. 3. — Mehrfaches Domicil: Savigny S. 101, Bar S. 91.

[3] Wenn z. B. an einer beweglichen Sache in einem Lande, dessen Recht für die Eigenthumsübertragung Tradition nicht verlangt, Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben worden ist, und die Sache darauf in ein Land kommt, dessen Recht Tradition für nothwendig erklärt, so muß doch das Eigenthum an der Sache auch von dem Richter dieses Landes anerkannt werden. Vgl. Seuff. Arch. VI. 128, XXIV. 102. Wäre aber nach dem fremden Rechte eine unbedingte Vindication beweglicher Sachen begründet, nach dem einheimischen nicht, so müßte der Richter in Betreff dieser Frage nach dem einheimischen Recht entscheiden. Anderes Beispiel. Das einheimische Recht erkennt ein Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand an, das fremde ohne diese Beschränkung; die in dem fremden Lande verpfändete Sache darf, nachdem sie in das Inland gelangt ist, nur so lange als verpfändet anerkannt werden, als sie in dem Besitze des Gläubigers bleibt. Wächter Arch. XXV S. 199. 200. 383 fg., Savigny S. 169 fg., Bar 188 fg., Schmid S. 53 fg., Stobbe §. 32, Böhlau S. 464 fg. Wie bei Sachen, welche sich auf der Reise befinden? Savigny S. 178 fg., Bar S. 181 fg., Böhlau S. 466 fg. — Seuff. Arch. XVI. 1, XVII. 111, XXII. 205, XXIII. 103.

[4] In Betreff der obligatorischen Rechtsverhältnisse gehen die Ansichten ganz ungemein auseinander. Wächter Arch. XXV S. 389 fg., Savigny S. 205 fg., Bar S. 230 fg., Schmid S. 63 fg., Stobbe §. 33, Böhlau S. 453 fg.

ners acceptiren, wenn dieser auf dem Recht seines Wohnsitzes besteht[5], umgekehrt aber auch das Recht seines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner paßt, auf dieses zu greifen. Anders nur bei solchen Obligationen, welche ihren Grund haben nicht in einer vorübergehenden Thatsache, sondern in einem dauernden Verhältnisse; Obligationen dieser Art gehören demjenigen Punkte des Raumes an, an welchem das begründende Verhältniß besteht[6]. Wird mit Rücksicht auf ein an einem bestimmten Ort bestehendes Verhältniß eine Obligation durch Vertrag begründet[7], so ist anzunehmen, daß die Parteien sich dem Rechte dieses Ortes haben unterwerfen wollen[8]. Auch in anderen Fällen kann eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter das Recht eines gewissen Ortes angenommen werden müssen, ohne daß sich darüber eine allgemeine Regel aufstellen ließe[9].

---

[5] Vgl. Sachsensp. III. 33 §. 2. „Jewelk man mut ok antwerdten vor' me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte".

[6] Daher ist z. B. die obligatorische Wirkung einer Vormundschaft, einer Vermögensgemeinschaft, nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo die Vormundschaft geführt wird, wo die gemeinschaftlichen Vermögensobjecte sich befinden. — Eine bloß vorübergehende Thatsache vermag die Obligation an den Raum, wo die Thatsache auftritt, nicht zu fesseln. Dieß gilt nicht bloß von Rechtsgeschäften (anders noch vielfach die Praxis, Seuff. Arch. II. 120. 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, vgl. auch IV. 3, XXII. 2), sondern auch von Delicten. Wächter Arch. XXV S. 392 fg., Schmidt S. 74 fg., Böhlau S. 459 (vgl. Note 9); anders Bar S. 243. 317 fg. Nur macht sich in Betreff der Delicte die Erwägung geltend, daß nicht anzunehmen ist, daß ein Staat geneigt sei, die Bestimmung der Folgen der auf seinem Gebiete begangenen Delicte einem fremden Rechte zu überlassen. Demgemäß ist wegen der im Inlande verübten Delicte der Ausländer wie der Inländer nach inländischem Recht zu beurtheilen. (Für das Recht des Delictsorts: Seuff. Arch. I. 153, II. 118, III. 295, IX. 247, vgl. auch XIX. 212; für das Recht des Gerichtsorts das. II. 4, III. 135, IV. 4, IX. 1, XI. 3, XXV. 115. Vgl. noch XIV. 197.)

[7] Z. B. es wird über eine Lieferung für ein an einem bestimmten Orte bestehendes Fabrikgeschäft contrahirt. Ein noch einfacheres Beispiel ist: es wird ein Grundstück verkauft (Seuff. Arch. VIII. 2).

[8] Es muß aber zugesehen werden, inwieweit dieß zulässig ist; es macht sich hier der Gegensatz zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht (§. 30) geltend.

[9] Savigny hat den Satz zu begründen versucht, daß in allen Fällen, wo die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort habe, anzunehmen sei, der Schuldner habe sich dem Rechte dieses Ortes unterwerfen wollen. Das ist gewiß nicht richtig; der Erfüllungsort kann für den eigentlichen Gehalt der Obligation ebenso gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. Man

4. Familienverhältnisse[10]. Der Sitz der Ehe bestimmt sich durch den Wohnsitz ihres Hauptes, des Ehemannes. Ebenso bestimmt sich der Sitz des Verhältnisses zwischen Aeltern und Kindern durch den Wohnsitz des Vaters, in Ermangelung des Vaters durch den Wohnsitz der Mutter. Wird der Wohnsitz hinterher verlegt, so gilt von nun an das Recht des neuen Wohnsitzes[11]. —

---

nehme folgendes Beispiel. In Bayern schenkt Jemand eine Summe Geldes, um dem Beschenkten eine größere Reise möglich zu machen, und bestimmt, daß das Geld bei einem Bankier in Neapel solle ausgezahlt werden; nach Savigny's Regel müßte diese Schenkung nach Neapolitanischem Rechte beurtheilt werden. Die römischen Grundsätze von dem s. g. forum contractus hier einfach zu übertragen, wie Savigny thut: erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. Gegen Savigny auch Bar S. 232 fg., Schmid S. 67 fg. Für das Recht des Erfüllungsortes dagegen wieder Böhlau S. 453 fg., auf Grund der allgemeinen Aufstellung, daß die Anwendbarkeit fremden Rechtes auf „materielle Rechtsverhältnisse" sich dadurch bedinge, daß für dieselben auswärts ein forum rei sitae, forum solutionis oder forum delicti commissi begründet sei. (Gegen die Beweiskraft des oben angeführten Beispiels wendet Böhlau, wenn ich ihn recht verstehe, ein, in demselben sei Neapel nicht der Erfüllungsort der durch die Schenkung begründetten Obligation, sondern der Erfüllungsort der Obligation, durch deren Begründung geschenkt worden sei Aber das ist nicht richtig. Wer erklärt Geld zu schenken, ist durch diese Erklärung verpflichtet, aber es ist nicht die Verpflichtung, durch deren Zuwendung er schenken will; seine Schenkung ist eine Eigenthumsschenkung. Vgl. II §. 366.) Für das Recht des Erfüllungsortes haben erkannt die Urtheile bei Seuffert II. 119, VII. 136, VIII. 3; vgl. VII. 28, XIV. 195, XV. 183 XIX. 5, XXI. 2. Vgl. noch Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 23 (Seuff. Arch. XXIV. 185). — Ueber l. 6 D. de evict. 21. 2 s. Savigny S. 252 fg. — Muß nach dem Ort der Obligation auch die Verjährungsfrage beurtheilt werden? Wächter Arch. XXV S. 408 fg., Savigny S. 273 fg., Bar S. 283 fg. (aber auch krit. VJSchr. XV S. 34 fg.), Schmid S. 74, Martin Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 226 fg., Stobbe S. 201 fg., Böhlau S. 462 fg. Seuff. Arch. II. 120, VI. 1, VIII. 7 Nr. 2, XII. 334 a. E., XIII. 5; VIII. 7 Nr. 1, IX. 246, XII. 334, XVI. 90. 184, XXIII. 2, XXV. 2. 114. Concurs: Seuff. Arch. XXII. 113. 114 und Citate bei Nr. 113, XXVI. 1. Bar S. 488 fg., Böhlau S. 460 fg.

[10] Wächter Arch. XXV S. 184 fg., Savigny S. 324 fg., Bar S. 321 fg., Schmid S. 77 fg., Stobbe §. 34, Böhlau S. 478 fg.

[11] Von nun an, d. h. die nach dem bisherigen Recht auf Grund der Ehe und des älterlichen Verhältnisses erwachsenen, und von ihrem Fortbestande unabhängigen, Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. — Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß durch die Verlegung des Sitzes der Ehe das einmal für sie geltend gewordene gesetzliche Güterrecht nicht geändert werde.

Der Sitz der Vormundschaft bestimmt sich durch den Wohnsitz des Mündels, es müßte denn für einen besonderen Theil des Mündelvermögens eine besondere örtliche Vormundschaft errichtet worden sein.

5. Erbrecht. Die Grundlage des Erbrechts bildet der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen als ideale Einheit, und der Sitz des Vermögens in diesem Sinne ist, wo auch die einzelnen Bestandtheile des Vermögens sich befinden mögen, kein anderer, als der Wohnsitz der Person. Daher wird Jemand beerbt, sowohl aus letztem Willen als ohne letzten Willen, nach dem Rechte seines Wohnsitzes, und dabei sind auch seine unbeweglichen Sachen nicht ausgenommen[12].

6. Was die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht anerkannt, daß die Form des Ortes, für welchen das Rechtsgeschäft zu wirken be-

---

Gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß durch Eingehung der Ehe das gesetzliche Güterrecht stillschweigend zur vertragsmäßigen Norm erhoben worden sei. (Dafür die Urtheile bei Seuff. I. 152, X. 221, XIV. 106, XX. 2, XXIV. 104; ohne Berufung auf den stillschweigenden Vertrag IX. 302, XV. 95. Dawider VII. 137, XIV. 106 Nr. 2 XVIII. 1, XXVI. 288, vgl. auch XIV. 198). Da es keines Beweises bedarf, daß es sehr häufig bei der Eingehung der Ehe an einem bestimmten Bewußtsein der Ehegatten und namentlich der Ehefrau über das für die Ehe Platz greifende Güterrecht, und damit an aller Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Vertrages fehlen wird, so hat Savigny mit einer „allerdings etwas subtilen" Unterscheidung (S. 112) an die Stelle des stillschweigenden Vertrags eine „freiwillige Unterwerfung" der Ehegatten gesetzt. Diese freiwillige Unterwerfung findet er aber lediglich in der Thatsache des Nichtwiderspruchs, und es ist nicht abzusehen, wie aus dieser Thatsache, insofern nicht eine Willenserklärung in ihr enthalten ist, irgend welche rechtliche Folge könne hergeleitet werden. Das Richtige ist, daß möglicherweise ein stillschweigender Vertrag kann angenommen werden müssen; aber das hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Besondere Abhandlungen über diese Frage: Funk Arch. f. civ. Pr. XXI. 15, XXII. 5 (1838). Bremer Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 7 (1858). Fernere Literatur: Wächter XXV. S. 53 fg. Savigny S. 328 fg., Bar S. 341 fg., Roth S. 137 fg., Stobbe S. 206 fg.; Schmid S. 81 fg., Böhlau S. 481 fg.

[12] Wächter Arch. XXV S. 184 fg. 361 fg., Savigny S. 295 fg. Bar S. 376 fg., Schmid S. 93 fg., Stobbe S. 214 fg., Böhlau S. 475 fg. Seuff. Arch. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 307. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95, XXIII. 4. Früher wollten Viele die Immobilien auch für das Erbrecht unter das Recht der belegenen Sache stellen.

stimmt ist, genügt. Diese Form ist aber eben auch nur genügend, nicht nothwendig; genügend ist auch die Form des Ortes, wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird[13].

## Wohnsitz*.

### §. 36.

Es ist noch eine nähere Feststellung des im Vorhergehenden vielfach erwähnten Begriffes des Wohnsitzes erforderlich[1]. Seinen Wohnsitz hat der Mensch an dem Orte, wo der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit ist[2], wenn er sich auch an diesem Orte nicht fortwährend, ja wenn er selbst sich an demselben regelmäßig nur vorübergehend aufhält[3]. Welches dieser Ort sei, ist eine Frage, die im Allgemeinen für den einzelnen Fall unter Erwägung aller Umstände gelöst werden muß[4]; für gewisse Fälle

---

[13] Wächter Arch. XXV S. 368 fg. 405 fg., Savigny S. 348 fg., Bar S. 112 fg., Stobbe §. 34, Böhlau S. 437 fg. Seuff. Arch. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204, XIX. 4. 6, XX. 1; XXII. 112. Nur für Rechtsgeschäfte, durch welche ein Recht an einer unbeweglichen Sache erworben werden soll, wird eine Ausnahme gemacht. Wächter Arch. XXX S. 383, Bar S. 203 fg., Schmid S. 55, Roth S. 140 Note 53. Seuff. Arch. VIII. 2, XXII. 204.

* Kierulff S. 122—128, Savigny VIII. §. 353. 354.

[1] Die Bedeutung des Begriffs des Wohnsitzes (Domicils, domicilium) beschränkt sich nicht auf die Bestimmung des anzuwendenden Rechts. Abgesehen von den Vorschriften über die Theilnahme an den öffentlichen Rechten und Lasten hat der Wohnsitz namentlich auch einen durchgreifenden Einfluß auf die Bestimmung des Gerichtsstandes. §. 36.

[2] L. 7 C. de incolis 10. 39: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit". L. 203 D. de V. S. 50. 16: — „constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset". L. 17 §. 13 l. 27 §. 1 D. ad munic. 50. 1.

[3] Wie z. B. ein Kaufmann, der für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Gesellschafter die Geschäfte zu Hause besorgt.

[4] Vgl. Seuff. Arch. X. 12, XVI. 65. Nach einem Rescripte von Hadrian sollte es als Begründung eines Wohnsitzes angesehen werden, wenn ein Studirender seinen Aufenthaltsort am Studienort 10 Jahre lang fortsetze, l. 2 C. de incol. 10. 39.

ist sie durch eine gesetzliche Regel beantwortet[5]. In diesen Fällen ist auch der Wille der betreffenden Person gleichgültig; abgesehen von denselben ist die Begründung eines Wohnsitzes nicht möglich ohne den Willen des Begründenden. Von der anderen Seite reicht der bloße Wille nicht aus, wenn ihm das thatsächliche Verhältniß nicht entspricht. Ebenso verhält es sich mit der Aufhebung des Wohnsitzes[6]. Möglicherweise kann Jemand auch einen doppelten Wohnsitz haben[7], sowie gar keinen[8].

[5] S. g. gesetzlicher Wohnsitz (domicilium necessarium). Diese Fälle sind folgende. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz am Wohnsitze ihres Mannes (domicilium matrimonii, l. 32 l. 38 §. 3 D. ad munic. 50. 1, l. 5 D. de R. N. 23. 2), der Beamte am Orte seiner Amtsführung (l. 8 C. de incol. 10. 39, vgl. l. 23 §. 1 D. ad munic. 50. 1), der Verwiesene am Strafort (obgleich er daneben auch seinen früheren Wohnsitz behalten kann), l. 22 §. 3 l. 27 §. 3 D. ad munic. 50. 1. Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 3.

[6] L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.

[7] L. 5 l. 6 §. 2 l. 27 §. 2 D. ad munic. 50. 1, l. 22 §. 3 l. 27 §. 3. eod.

[8] L. 27 §. 2 cit.

# Zweites Buch.

## Von den Rechten überhaupt.

---

# Erstes Kapitel.

## Begriff und Arten der Rechte.

### Begriff des Rechts.

§. 37.

Recht (Recht im subjectiven Sinn, subjectives Recht) ist eine von der Rechtsordnung (Recht im objectiven Sinn, objectives Recht) verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift concreten Inhalts[1]. D. h. näher: die Rechtsordnung hat von einem concreten Willensinhalt ausgesprochen, daß er maßgebend sei für die dem Berechtigten gegenüberstehenden Willen, daß diese Willen sich jenem Willensinhalt gemäß zu bestimmen haben[2]. Daß der

---

[1] Brinz §. 23 will von (rechtlicher) Macht nur geredet wissen, wo die Rechtsordnung ein Können verleihe, d. h. die Fähigkeit zur Hervorrufung einer rechtlichen Wirkung; wo sie dagegen ein Dürfen verleihe, d. h. die Befugniß zu factischer Thätigkeit, liege nicht sowohl Macht vor, als lediglich Befugniß. Der von Brinz hervorgehobene Unterschied ist in der Sache gewiß richtig; aber auf die Entgegensetzung der Ausdrücke Macht und Befugniß in der bezeichneten Weise führt weder eine sprachliche Nöthigung, noch ein juristisches Bedürfniß. — Gegen die Bezeichnung Herrschaft erklärt sich Fitting die Natur der Correalobligationen S. 28 Note 31, aus nicht überzeugenden Gründen. S. auch Brinz krit. Blätter III S. 3, Dernburg Pfandrecht I S. 105 Note 3. §. 37.

[2] Wenn hier von Willensinhalt, statt von Wille, gesprochen wird, so geschieht dieß, um von vorn herein dem Irrthum entgegenzutreten, als sei die Substanz des Rechts reales Wollen, so daß Unrecht nur wäre, wenn dem

Staat dieser Macht und Herrschaft nöthigenfalls durch Zwang Geltung verschafft, folgt unmittelbar aus seiner Aufgabe als Wächters der Rechtsordnung, aber gehört nicht nothwendig zum Begriffe des Rechts.

Dem Begriffe des Rechts gegenüber ist noch der Begriff des Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Rechtsverhältniß ist ein rechtlich bestimmtes Verhältniß. Dieses Verhältniß kann möglicherweise nur ein Rechtsverhältniß sein, d. h. ein von der Rechtsordnung erst geschaffenes Verhältniß, z. B. das Eigenthum,

---

realen Wollen des Berechtigten, einer von ihm ausgehenden Willensäußerung, nicht gehorcht wird. Das Recht besteht nicht dadurch, daß gewollt (ein Wille geäußert) wird, sondern dadurch, daß gewollt (ein Wille geäußert) werden darf. Selbst wenn der zu einer Leistung Verpflichtete mit der Beschaffung der Leistung ohne Unrecht zu thun warten darf, bis ihm ein reales Wollen, eine Aufforderung des Berechtigten, entgegentritt, wird er doch nicht erst durch die Aufforderung verpflichtet, wie sich deutlich darin zeigt, daß er haftet, wenn die Leistung inzwischen durch seine Schuld unmöglich geworden ist. Vgl. auch Schott die obligatorischen Verträge unter Abwesenden S. 53 Note 100a. — Jhering Geist des römischen Rechts III §. 60. 61 will die Definition des Rechts gar nicht auf den Willen gestellt wissen. Sein Ausgangspunkt ist die Betrachtung, daß das Recht die Rechte nicht um ihrer selbst willen schaffe, sondern zum Zwecke der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und Interessen. Deßwegen definirt Jhering das (subjective) Recht als rechtlich, d. h. durch Klage geschütztes Interesse. Aber es ist nicht genau, zu sagen, daß das Recht Interessen schütze. Das Recht schützt nie ein Interesse als solches, d. h. die Werthschätzung von einem Gute; es schützt immer nur den auf das Haben des Gutes gerichteten Willen. Ob das Recht seinen Schutz nur einem solchen Willen zu Theil werden lassen will, welcher auf ein das berechtigte Subject Interessirendes gerichtet ist, oder ob es sich an diese Beschränkung nicht binden will, ist eine offene Frage; die Definition des Rechts ist davon unabhängig. Jhering weist darauf hin, daß auch der Willensunfähige Rechte haben könne. Bewiese dieses Argument, so würde es auch gegen Jhering's Definition beweisen; denn der Willensunfähige kann auch nicht klagen. Jhering nimmt keinen Anstand daran, daß statt des Willensunfähigen, in seinem Namen, ein Anderer klage: wird er nicht unserer Definition zugestehen, daß, so weit zur Wirksamkeit des Rechtes reales Wollen erforderlich ist, im Namen des Berechtigten ein Anderer wollen könne? S. gegen Jhering auch die Bemerkungen von Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie I S. 267 (329) fg. Theilweise für Jhering Bürkel krit VJSchr. XI S. 193 fg., ganz Binding in der strafrechtlichen Schrift: die Normen und ihre Uebertretung (Leipzig 1872) S. 154 fg. Wenn übrigens dieser letztere Schriftsteller auf das zuvor gebrauchte Argument gegen Jhering (dem Sinne nach) bemerkt, der Vormund klage für den

oder zugleich ein Lebensverhältniß, an welches die Rechtsordnung nur herantritt, z. B. der Besitz[3].

Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesammtheit der auf ein Rechtsverhältniß bezüglichen Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man z. B. das Eigenthum und den Besitz auch als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag rc.

## Verschiedenheit der Rechte.

### Dingliche und persönliche Rechte, Familien- und Vermögensrechte.

### §. 38.

Eine wesentliche Verschiedenheit der (Privat-) Rechte wird zunächst begründet durch die Verschiedenheit ihres Gegenstandes[1], d. h. Desjenigen, für welches der berechtigte Willensinhalt die entscheidende Norm bildet. Im letzten Resultate zwar ist Dasjenige, für welches der berechtigte Willensinhalt die entscheidende Norm bildet, bei allen Rechten Ein- und Dasselbe, nämlich der Wille der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen. Aber nicht bei allen Rechten ist dieser Wille der nächste und unmittelbare Gegenstand; der nächste und unmittelbare Gegenstand des Rechts kann auch

---

Mündel, nicht im Namen des Mündels, so weiß ich nicht, ob Ihering diese Vertheidigung sich wird aneignen wollen.

[3] Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird nicht immer mit der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit gefaßt. Namentlich wird die im Texte hervorgehobene doppelte Bedeutung, in welcher der Sprachgebrauch das Wort anwendet, häufig verkannt oder doch nicht gehörig betont, was im Besonderen auch die Verständigung darüber, ob das Privatrechts-System System der Rechte oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe (§. 13), erschwert hat. Ferner wird vielfach das Rechtsverhältniß einseitig als Verhältniß zwischen Person und Person bezeichnet. Eigenthum und Besitz sind Rechtsverhältnisse, aber nicht zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Sache. Endlich ist auch die Behauptung nicht zu billigen (Savigny I §. 4, Puchta §. 29), daß das Recht eine einzelne, durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses, das Rechtsverhältniß ein Complex von Rechten sei. Es wird dabei als Wesen der Sache hingestellt, was nur möglich ist; aus dem Darlehnsschäft z. B. entsteht nichts als das Recht des Gläubigers. Vgl. jetzt auch, theilweise abweichend, aber nicht überzeugend, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 4—13. Gegen denselben Bürkel krit. VJSchr. XI S. 191 fg.

[1] Vgl. hierzu Unger I S. 499—503. §. 38.

sein 1) die eigene Person, 2) ein unpersönliches Stück der Außenwelt, eine Sache. Den Rechten an der eigenen Person und den Rechten an Sachen stehen dann 3) diejenigen Rechte gegenüber, deren Gegenstand unmittelbar eine fremde Person ist[a].

## §. 39.

Daß es Rechte gibt, welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstand haben, ist ebenso unzweifelhaft, als es unzweifelhaft ist, daß dieselben einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem nicht bedürfen.

Der Wille eines Menschen kann als entscheidende Norm für die eigene Person gedacht werden zunächst nach der Seite ihrer leiblichen Existenz. Nach dieser Seite steht dem Menschen zu ein Recht auf Leben und die Functionen, in welchen sich das Leben des Körpers äußert, ferner auf körperliche Integrität, endlich auf ungehinderte Verfügung über den eigenen Körper (Freiheit). Diese Rechte bedürfen einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem deßwegen nicht, weil weder ihre Existenz unsicher, noch ihre Begrenzung zweifelhaft sein kann, aus ihrer Verletzung aber, insofern nämlich eine Verletzung derselben möglich ist, wenn überhaupt civilrechtliche Folgen, selbständige Rechte (Forderungsrechte) entstehen. — An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme eines Rechts auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder, sowohl was seine Existenz als was seinen Umfang angeht, weder bestreitbar noch verletzbar, so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens, und in gleicher Weise verhält es sich auch mit dem Recht auf Bethätigung des Willensvermögens, insofern in dieser Bethätigung eine Einwirkung auf fremde Personen oder Sachen nicht enthalten ist. Insofern aber in der Bethätigung des Willensvermögens über die eigene Person hinausgegangen wird, ist die Frage, ob dieselbe rechtmäßig sei oder nicht, identisch mit der Frage nach dem Inhalt der gesammten übrigen Rechtsordnung[1].[2]

---

[a] Inwiefern auch Rechte selbst wieder den Gegenstand von Rechten bilden können, darüber s. §. 48a.

## §. 40.

Die Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Sache, d. h. ein Stück der nicht mit Vernunft begabten Außenwelt ist,

[1] Gegen die Annahme eines Rechts an der eigenen Person hat Savigny (I S. 336) geltend gemacht, daß diese Annahme in consequenter Entwickelung zur Anerkennung eines Rechts auf Selbstmord führe. Mit nichten: es folgt aus derselben nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen nicht Unrecht thut. Denn alles Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von den ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse. — In einem ganz besonderen Sinne spricht Puchta (Rhein. Mus. III S. 305, Inst. I §. 30, Pand. §. 22. 46. 114 fg. und Vorl. dazu) von Rechten an der eigenen Person. Er versteht darunter diejenigen Rechte, in denen der Willen sich selbst zum Gegenstand habe, nicht in dem Sinne aber, daß derselbe Anerkennung für seinen Inhalt, sondern in dem Sinne, daß er Anerkennung für seine Qualität als Willen einer Person fordere, weßwegen auch Puchta das Recht an der eigenen Person als Recht der Persönlichkeit bezeichnet. Puchta hat in dieser Auffassung Niemanden zum Nachfolger gehabt. In der That liegt es auf der Hand, daß sein „Recht der Persönlichkeit" weder ein Recht an der eigenen Person ist, noch überhaupt ein Recht. Die Anerkennung des Willens des Menschen in abstracto, als eines Willens, der möglicherweise ein berechtigter Willen sein könne, ist etwas, was die Grundlage aller Berechtigungen bildet, aber sie ist selbst kein Recht. Gegen Puchta vgl. Savigny I S. 337. a, Schröter krit. Jahrb. IV S. 294, Arndts das. VII S. 298, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 43—49. Puchta stellt unter diese Rechte an der eignen Person auch den Besitz; darüber §. 148 Note 6, §. 150 Note 5. — Auch Neuner (§. 87 Note 3) S. 15 fg. stellt ein „Recht der Persönlichkeit" auf, und definirt dieses Recht als: Recht der Person, sich Selbstzweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. Als Inhalts dieses Rechts bezeichnet er unter Anderem auch das Recht auf Vornahme von Rechtsgeschäften, und reiht in Verbindung damit in die Lehre vom Recht der Persönlichkeit auch die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit und die Vormundschaft ein. Die Widerlegung würde hier zu weit führen. S. dagegen auch Bürkel krit. VJSchr. XI S. 200 fg.

[2] Statt der Kategorie Rechte an der eigenen Person stellen Andere eine Kategorie Personenrechte auf, wofür auch der Ausdruck Statusrechte, Zustandsrechte gebraucht wird, vgl. namentlich Wächter II §. 45, auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 268 (330) fg. Sie verstehen darunter die Rechte, welche der Person als solcher, „eben weil sie Person ist", oder „nach ihrer Stellung in gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen", namentlich auch in der Familie, zustehen. Die Bildung dieser Kategorie ist unter dem Einfluß der römischen Kategorie ius quod pertinet ad personas erfolgt. Dieses ius quod pertinet ad personas umfaßt die Rechtssätze, welche sich auf die Person beziehen, wenn man dieselbe nicht als in Vermögensverhält-

werden dingliche Rechte genannt[1]. Ein Unterschied zwischen diesen Rechten wird dadurch begründet, daß der berechtigte Willensinhalt die entscheidende Norm für die Sache bilden kann entweder in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, — dieß macht das Wesen des Eigenthumsrecht aus, — oder in einer oder mehreren einzelnen Beziehungen, während die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen einem fremden Willen unterworfen ist: dingliche Rechte an fremder Sache[2].

## §. 41.

Die Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine fremde Person ist, haben zum (unmittelbaren) Inhalt die Unterwerfung des Willens dieser Person. Diese Unterwerfung kann eine mehr oder minder weitgehende sein. Bei einer gesteigerten Unterwerfung des Willens der fremden Person spricht man von einer Gewalt über dieselbe. Dem römischen Rechte waren Gewalten bekannt, welche den Willen des Unterworfenen dem Willen des Berechtigten gegenüber vollständig negirten; das heutige Recht kennt solche Gewalten nicht mehr. — Wichtiger ist folgender Unterschied zwischen den hierher gehörigen Rechten. Entweder sind sie Machterweiterungen der einzelnen Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen; oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise, ein Rechtsverhältniß; sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und gibt nicht Rechte, und diese Pflichten haben zum Gegenstand nicht sowohl ein bestimmtes äußeres Verhalten, als das Haben und Bethätigen einer gewissen Gesinnung. Als so geordnet findet

---

nissen stehend betrachtet, und handelt im Einzelnen von dem, was man den status libertatis, civitatis, familiae genannt hat. Vgl. §. 55 Note 8 und Unger I §. 60.

§. 40. [1] Andere jetzt beseitigte Auffassungen des dinglichen Rechts (vgl. Wächter Erörter. I. 4, Vangerow I §. 113, Unger I S. 511—513): 1) das dingliche Recht ist das gegen Jeden verfolgbare Recht; 2) das im römischen Recht mit einer in rem actio geschützte Recht (Thibaut Versuche II Nr. 2); 3) das Eigenthumsrecht und alle Rechte, auf welche die Eigenthumsklage ausgedehnt worden ist (Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 368 fg., dageg. Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg.). Vgl. auch Wächter Erörter. I S. 109—111.

[2] Vgl. unten §. 167.

das Recht die Familie vor, und bestrebt sich, den sittlichen Geboten, welche an sie ergehen, soviel es dieß vermag, auch äußere Anerkennung zu verschaffen. Insofern es dabei nun dem Einen gebietet, seinen Willen dem Anderen zu unterwerfen, kann man sagen, daß es diesem Anderen ein Recht beilege. Aber ein solches Recht ist doch wesentlich verschieden von allen übrigen Rechten. Es entsteht erst aus der Pflicht; die Pflicht ist das Principale, das Recht ist die Consequenz; während alle übrigen Rechte nicht aus der Pflicht entstehen, sondern die Pflicht erst aus sich erzeugen[1]. — Diese Auffassung ist jedoch nicht die ursprüngliche des römischen Rechts. Nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts sind die Rechte des Mannes und des Vaters gegenüber Weib und Kind reine Rechte und stehen mit den übrigen dem Berechtigten um seiner selbst willen verliehenen Rechten auf gleicher Linie. Im neuesten römischen Rechte aber erscheinen diese Rechte soweit abgeschwächt, daß sie über das, was der anderen Seite durch die Pflicht geboten ist, nicht mehr hinausgehen. —

Diejenigen Rechte an fremden Personen, welche ihren Grund

[1] Zu weit geht die Behauptung (Savigny I §. 54, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XIX S. 66 fg., Rudorff zu Puchta Vorl. §. 46 Anm. 1 Unger I §. 60 a. E.), daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalt der Familienverhältnisse überhaupt nicht gehöre, sondern derselbe sich auf die Voraussetzungen ihrer Möglichkeit, ihre Entstehung und Beendigung, und den von ihnen auf andere Verhältnisse, namentlich das Vermögen, ausgeübten Einfluß beschränke. Das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das Recht des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam, ist ein anderes Recht, als das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein Recht. — Brinz §. 22 will die Familienrechte aus dem Kreise der Privatrechte ganz ausweisen. „Wo immer in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und in der vormundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechts, und damit das Privatrecht auf". Auch das geht zu weit. Es sind zwar Rechte um der Familie willen, aber doch immer nicht Rechte der Familie, von denen es sich hier handelt. In der Specialdarstellung (S. 1151 fg.) tritt dann auch bei Brinz selbst die Privatrechtsnatur der Familienrechte sehr entschieden hervor. Vgl. Mandry krit. VJSchr. XII S. 499 fg. — Gegen den Grundgedanken der Scheidung zwischen Familienrecht und Vermögensrecht mit Rücksicht auf ihr Verhältniß zum Sittengesetz hat sich ausgesprochen Bürkel krit. VJSchr. XI S. 205 fg. Vgl. auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie I S. 351 (415).

§. 41.

nicht in der sittlichen Idee der Familie haben, heißen **Forderungs- oder obligatorische Rechte (Obligationen).** Zur Bezeichnung der Rechte an fremden Personen überhaupt empfiehlt sich, im Gegensatz des Ausdrucks dingliche Rechte, der Ausdruck **persönliche Rechte**, welcher jedoch regelmäßig nur für die Forderungsrechte gebraucht wird[2].

## §. 42.

Die dinglichen und die Forderungsrechte kommen darin überein, daß sie dem Berechtigten um seiner selbst willen zustehen. Diese ihre gemeinschaftliche Natur wird durch den Ausdruck **Vermögensrechte** bezeichnet[1].

Die einer Person zustehenden Vermögensrechte bilden ihr **Vermögen**. Das Vermögen kommt jedoch im Rechte nicht bloß in Betracht als die Summe, das Aggregat, der einzelnen Vermögensrechte einer Person, sondern auch als ihre Gesammtheit, als ihre Einheit, d. h. als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ganze, als ein Ding, welches als dieses besonderen rechtlichen Bestimmungen unterliegt[2]. Wo aber das Vermögen in dieser Weise in Betracht kommt, werden zu demselben nicht bloß die Rechte der Person gezählt, sondern auch ihre Verbindlichkeiten. Hiernach ist zwischen Vermögen im natürlichen und Vermögen im juristischen Sinne zu unterscheiden[3]. —

---

[2] In einem noch anderen Sinne werden unter persönlichen Rechten diejenigen verstanden, welche von der Person des Berechtigten unabtrennbar sind (auch wohl höchst persönliche Rechte genannt). Vgl. auch **Wächter** Erörter. I S. 107—109.

§. 42. [1] **Savigny** I §. 340. b: „Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffes ist die bezeichnendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder **vermögen**". Uebrigens sprechen auch die Römer von „facultates", z. B. l. 5 §. 19 D. de agnosc. 25. 3, l. 16 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. **Neuner** (§. 37 Note 3) S. 43.

[2] Der Begriff der Gesammtheit oder des Ganzen, als Dessen, was ein Anderes ist, als die Summe seiner Theile, von welchem Begriff schon oben gesagt wurde, daß er ein für das Recht höchst wichtiger Begriff sei (§. 1 Note 1), tritt hier in einer neuen Anwendung auf. Die römische Bezeichnung für denselben ist universitas. Das Vermögen ist eine universitas von Rechten und Verpflichtungen; unten werden wir universitates von Sachen und von Personen kennen lernen.

Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltener Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechts die Sache, an welcher es stattfindet[4]. Auf diesem Wege weiter gehend denkt man sich auch die übrigen Vermögensrechte, d. h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen[5]. Als eine solche unkörperliche Sache erscheint dann aber

---

[3] L. 208 D. de V. S. 50. 16, l. 3 pr. D. de B. P. 37. 1; l. 39 §. 1 l. 49 D. de V. S. In der letzten Stelle wird der Gegensatz zwischen dem natürlichen und dem juristischen Begriff des Vermögens ausdrücklich hervorgehoben. „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse". Aber dieser natürliche Begriff des Vermögens ist dem Rechte gleichgültig; durch die Zusammenfassung bloß der Vermögens**rechte** entsteht für dasselbe kein neues, besonderen Bestimmungen unterliegendes Ding. Der juristische Begriff des Vermögens wird in der angeführten Stelle nicht weiter entwickelt. — Die verschiedenen Seiten des Vermögens im juristischen Sinne bezeichnet man wohl durch die Ausdrücke Activ- und Passivvermögen. — **Neuner** (§. 37 Note 3) stellt (S. 90 fg.) einen neuen Begriff des Vermögens im juristischen Sinn, oder wie er sich ausdrückt, des „ideellen Vermögens" auf. Dasselbe bestehe primär in der Vermögensfähigkeit, welche vom Rechte als objectivirt gedacht und zu einem unkörperlichen Gute erhoben werde (der Mensch **hat** die Vermögensfähigkeit) und nur secundär in den Activis und Passivis, welche nicht Bestandtheile, sondern Dependenzen des Vermögens seien, so daß ihr eigentliches Subject nicht sowohl der Mensch, als vielmehr sein ideelles Vermögen sei. Ich glaube nicht, daß diese Auffassung Anhänger finden wird. Gegen dieselbe haben sich ausgesprochen **Mandry** Begriff und Wesen des Peculium S. 13, **Bürkel** krit. VJSchr. XI S. 226 fg.

[4] Man sagt von einem Vermögen, daß es aus Grundstücken, beweglichen Sachen bestehe, obgleich eine Sache nur insofern Bestandtheil unseres Vermögens wirklich ist, als sie sich in unserem Eigenthumsrechte befindet. Man spricht von dem Haben, Erwerben rc. einer Sache, und meint damit das Haben Erwerben rc. des Eigenthumsrecht an derselben.

[5] L. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8 (= tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam

auch das Vermögen selbst, die Zusammenfassung der einzelnen Vermögensbestandtheile, da auch es als diese Zusammenfassung, als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ding, keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Existenz hat[6].

Man muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkt der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte, was ihren Erwerb und Verlust angeht, den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie das Eigenthumsrecht, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme vorzugehen; es hat die Grundsätze über den Erwerb und den

---

et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur". — Irrthum: in der Eintheilung der res in res corporales und incorporales bezeichne res Rechte (v. Buchholtz Versuche Nr. 1). Es bezeichnet Vermögensbestandtheile. Den Gegensatz der unkörperlichen Sache bildet nicht das Eigenthumsrecht (als ius corporale, wie v. Buchholtz meint), sondern die körperliche Sache. Vgl. auch noch Wächter II S. 207—210, Unger I S. 358—361.

[6] Wie das Vermögen selbst eine unkörperliche Sache ist („iuris nomen" l. 178 §. 1 D. de V. S. 50. 16, „iuris intellectum habet" l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3, vgl. III §. 528 Note 1), so ist es eine Gesammtheit von körperlichen und unkörperlichen Sachen, eine universitas rerum. Wenn man es früher eine universitas iuris (nicht iurium) nannte, so wollte man damit bezeichnen, daß es ein Ganzes durch Rechtsvorschrift sei, im Gegensatz der durch factische Zusammenfassung entstandenen s. g. universitas hominis oder facti (z. B. Heerde, Bibliothek). Diese Entgegensetzung ist irrig; denn auch das Vermögen ist zunächst eine factische Zusammenfassung, und die s. g. universitas facti ist oder kann doch sein nicht minder eine juristische. S. über diese Eintheilung und über die der universitas iuris fälschlicherweise zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten die Abhandlungen von Hasse und Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. V. 1 und XVII. 12, ferner Wächter Erörter. I. 1, auch Sintenis I §. 41 Anm. 60, Vangerow I §. 71 Anm., Unger I S. 470—475. Besonders über die Dos: Bechmann Dotalrecht II S. 178 fg., Czyhlarz Dotalrecht S. 227 fg.; über das Peculium Mandry Begriff und Wesen des Peculium S. 15 fg. 45 od. 74 fg., Fitting das castrense peculium S. 83 fg.

Verlust der Vermögensrechte überall aus ihrer besonderen Natur entnommen. Eine andere Frage ist es, ob die Vermögensrechte nach Art der körperlichen Sachen selbst wieder Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein können. Darüber s. §. 48a.

## Die Ansprüche.

### §. 43.

Auch die dinglichen Rechte haben eine persönliche Richtung. Wenn ihr unmittelbar Gegenstand die ihnen unterworfene Sache ist, so ergreifen sie mittelbar auch den Willen der ihnen gegenüberstehenden Personen. (§. 38). Diese mittelbare Richtung der dinglichen Rechte auf die Person darf ebenso wenig übersehen werden, wie ihre unmittelbare auf die Sache[1].

In Folge davon entsteht für die Rechtssprache das Bedürfniß, einen Ausdruck zu besitzen, welcher die persönliche Richtung des Rechtes als solche bezeichnet, indifferent ob das Recht persönliches Recht schlechthin ist, oder dingliches Recht. Dieses Bedürfniß befriedigt der Ausdruck Anspruch. Sowohl der deutsche Sprachgebrauch, wie die Analogie des römischen, erlauben es, diesen Ausdruck nicht bloß für das Ansprechen als Thatsache, sondern auch für das Ansprechen als rechtliche Zuständigkeit, also für das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem Andern etwas zu verlangen, zu gebrauchen[2].

Die aus den dinglichen Rechten sich ergebenden Ansprüche werden passend dingliche Ansprüche, die aus den persönlichen Rechten sich ergebenden passend persönliche Ansprüche genannt.

---

[1] Das Letztere ist namentlich früher vielfach geschehen, so das daß gesammte Rechtssystem als ein System persönlicher Rechte und Verpflichtungen erschien. Diese irrige Auffassung hat auch auf neuere Gesetzgebungen einen wesentlichen Einfluß ausgeübt. Vgl. Windscheid die Actio des römischen Civilrechts S. 19—23. Umgekehrt ist man in der neueren Zeit eher geneigt, die persönliche Seite des dinglichen Rechts in den Hintergrund treten zu lassen. Vgl. noch Note 4. §. 43.

[2] Anspruch = Rechtsanspruch. Es wird genannt die Thatsache statt des Rechtes auf die Thatsache. So sagen wir Nießbrauch statt Nießbrauchsrecht, Klage statt Klagerecht, und die Römer ususfructus statt ius utendi fruendi, actio statt ius agendi. In gleicher Weise gehen die Ausdrücke pignus, emphyteusis, superficies zunächst auf etwas Thatsächliches, dann auch auf das entsprechende Recht.

Zur Characterisirung dieser beiden Arten der Ansprüche in ihrem Gegensatze dient Folgendes.

1. Die dinglichen Ansprüche erschöpfen nicht das ihnen zu Grunde liegende Recht. Dasselbe ist zunächst etwas Anderes als Anspruch, nämlich Herrschaft über die Sache. Dagegen erschöpfen die persönlichen Ansprüche allerdings das ihnen zu Grunde liegende Recht. Das persönliche Recht ist nichts als Anspruch (oder Mehrheit von Ansprüchen); das persönliche Recht geht in dem Anspruch oder den Ansprüchen, welche es erzeugt, auf.

2. Die dinglichen Ansprüche gehen zunächst auf etwas Negatives, darauf daß der dem dinglichen Recht Gegenüberstehende sich mit demselben nicht in Widerspruch setze. Erst dadurch, daß Jemand diesen Widerspruch vollzieht, verwandelt sich der dingliche Anspruch gegen ihn in einen Anspruch auf eine positive Leistung, Wiederaufhebung der Verletzung[3]. Die persönlichen Ansprüche können von vorn herein zum Gegenstand entweder eine positive oder eine negative Leistung haben.

3. Die dinglichen Ansprüche sind nicht auf eine bestimmte Verpflichtungsperson beschränkt; sie gehen gegen Jedermann, gegen Niemanden nicht. Dagegen haben die persönlichen Ansprüche eine bestimmte Person zum Gegner; sie gehen gegen diese Person, gegen Niemanden sonst. Jedoch ist dieser Gegensatz kein absoluter.

a. Die dinglichen Ansprüche gewinnen dadurch einen bestimmten Gegner, daß eine bestimmte Person mit dem dinglichen Recht in Widerspruch tritt[4]. Natürlich hören sie aber damit nicht auf, außer dieser bestimmten Person auch die unbestimmte Vielheit aller anderen Personen zu ergreifen.

---

[3] Neuner (§. 37 Note 8) behauptet (S. 153. 157. 158. 171), daß bei den dinglichen Rechten vor ihrer Verletzung von einem Anspruch überhaupt nicht geredet werden dürfe: die Pflicht der dem dinglichen Recht Gegenüberstehenden zur Respectirung desselben sei zwar „Consequenz des dinglichen Rechts nach Außen", aber nicht „specielle Verpflichtung, welche schon zum Inhalt des dinglichen Rechts gehört". Warum nicht? Weil eine Verpflichtung „sich immer nur zwischen zwei bestimmten Personen aus besonderem Grund bewegt". Das ist ja eben die Frage. Die Neuner'sche Auffassung theilt F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 16. 93.

[4] Es liegt dann ein durchaus analoges Verhältniß vor, wie bei den persönlichen, speciell den Forderungsansprüchen: es wird von einer bestimmten Person eine bestimmte Willensthätigkeit, und zwar vermögensrechtlicher Art

b. Es ist mit dem Wesen des dinglichen Rechts nicht unverträglich, daß dessen Wirksamkeit gegen gewisse Personen ausgeschlossen sei. In Folge davon gibt es dingliche Ansprüche, welche, wenn sie auch im Princip gegen Jedermann gehen, doch gegen gewisse Personen nicht durchsetzbar sind[5].

c. Umgekehrt ist es mit dem Wesen des Forderungsrechts nicht unverträglich, daß dasselbe gerichtet sei nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen Jeden, der in ein gewisses Verhältniß tritt. In Folge davon gibt es Forderungsansprüche, welche zwar nicht gegen Jedermann gehen, aber doch gegen jeden in ein gewisses Verhältniß Tretenden[6].

---

verlangt. In der That gibt es eine ganze Reihe von Lehren, welche sich auf beide Arten der Ansprüche beziehen, so die Lehre von der Verschuldung (Unmöglichkeit der Erfüllung), vom Interesse, vom Vergleiche ꝛc. Für die Anordnung des Systems erwächst daraus eine eigenthümliche Schwierigkeit, wenn man nicht, wogegen sehr viel spricht, eine besondere Abtheilung „von den Ansprüchen" machen will. — Selbst der Ausdruck obligatio wird für den dinglichen Anspruch gebraucht in §. 5 I. de exc. 4. 13. Wächter Erörterungen III S. 8 Note 10. S. übrigens auch Hugo civilistisches Magazin III S. 392.

[5] Hierher gehört namentlich die actio Publiciana. Vgl. im Uebrigen Savigny V S. 26 fg., Wächter Erörter. I S. 92 und Handbuch II §. 46 Note 13. 21, Unger I S. 518 fg., Arndts RLex. V S. 211 Anm. 28, Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 143; aber auch Förster Preuß. Privatr. III S. 2 fg.

[6] So geht z. B. das Forderungsrecht, und so der Anspruch, welche Jemandem daraus erwachsen, daß er zu einer ihm rechtlich schädlichen Handlung gezwungen worden ist, gegen Jeden, in dessen Händen sich etwas von dem Aufgeopferten vorfindet. Vgl. §. 45 Note 6. Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 192 fg. hat die Behauptung aufgestellt, daß nach heutigem Recht ein jedes Forderungsrecht, welches auf dare oder tradere einer Sache gerichtet sei („Recht zur Sache"), gegen Jeden wirke, welcher in Kenntniß dieses Forderungsrechts die Sache erwerbe, und daß es dadurch zu einem „relativ dinglichen" Rechte werde. Es soll dieß eine Consequenz aus der im heutigen Recht anerkannten Realexecution sein. Ich kann weder diese Consequenz richtig finden, noch sehe ich, wenn sie richtig ist, einen Grund ein, warum bloß der unredliche Erwerber haften soll. S. gegen Ziebarth Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 205 fg. 229 fg., Förster a. a. O. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung über das „ius ad rem" gibt v. Brünneck über den Ursprung des s. g. ius ad rem. Berlin 1869. Es soll damit nachgewiesen werden, daß die Ziebarth'sche Theorie, „wenn sie auch vielleicht von keiner Bedeutung ist für das heutige gemeine Recht, so doch auf einem rechtshistorischen Boden steht, welcher die Grundlage mancher Particularrechte,

d. Die Familienrechte theilen insofern die Natur der dinglichen Rechte, als auch bei ihnen eine Störung des von ihnen geforderten thatsächlichen Zustandes von Außen möglich ist. In Folge davon gibt es familienrechtliche Ansprüche, welche wie die dinglichen gegen Jedermann gehen[7].[8]

## §. 44.

Für das, was hier Anspruch genannt worden ist, haben die Römer einen unmittelbar entsprechenden Ausdruck nicht. Ja man kann sagen, daß ihnen der Begriff fehlt. Aber sie haben einen andern Begriff, welcher die Stelle ersetzt. Dieser Begriff ist der Begriff actio. Actio ist in der Abstufung seiner sich immer mehr verengernden Bedeutungen: Handlung; Verhandlung (mit einem Andern); gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung; streitige gerichtliche Verhandlung mit besonderer Beziehung auf den Angreifer, also gerichtliche Verfolgung, was wir Klage nennen; gerichtliche Verfolgung, Klage, nicht als Thatsache gedacht, sondern als rechtliche Zuständigkeit[1]. Dieser

---

insbesondere die unsers allgemeinen Landrechts bildet". Vgl. in dieser Beziehung auch Dernburg Preuß. Privatr. §. 184. L.R. I. 2 §. 24, I. 19 §. 5. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 329 fg.

[7] S. II §. 490 Num. 5, II §. 520 Num. 2. Doch ist diese Richtung nach Außen bei den familienrechtlichen Ansprüchen nur die untergeordnete, während sie bei den dinglichen Ansprüchen die wesentliche, ja die alleinige ist.

[8] Auf den Gegensatz der Bestimmtheit und Unbestimmtheit des Gegners in den den Rechten entsprechenden Ansprüchen hat man eine Unterscheidung der Rechte in absolute und relative gebaut. Neuner (§. 37 Note 3) leugnet (S. 40 fg. 70 fg. 152) die Berechtigung dieser Unterscheidung, weil das Forderungsrecht ebenfalls nicht bloß nach Innen, sondern auch nach Außen wirke. Aber dieß ist nicht richtig. Was das sog. Recht auf Anerkennung angeht s. §. 45 g. E., Unmöglichmachen aber der Verwirklichung der obligatorischen Herrschaft durch einen Dritten ist nicht als solches Unrecht, sondern verpflichtet nur, wenn die Handlung, durch welche es herbeigeführt wird, schon an und für sich unrechtmäßig ist, zum Schadenersatz (l. 18 §. 5 l. 19 D. de dolo 4. 3), so daß auch dabei das Forderungsrecht nicht in seiner Eigenschaft als Willensherrschaft, sondern in seiner Eigenschaft als Vermögenswerth in Betracht kommt. Unger I §. 62 Note 8. Der Neuner'schen Auffassung schließt sich an F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 16 fg. 93 fg.

§. 44. [1] Vgl. §. 43 Note 2. L. 51 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. pr. I. de act. 4. 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi".

letztere Begriff ist es, welcher verwendet wird, um zu bezeichnen, was wir bezeichnen wollen, wenn wir Anspruch sagen. Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriff actio wird ein Element mit gedacht, welches in unserem Begriff Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichtes, des gerichtlichen Gehörs und gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat. Aber bei Weitem nicht immer, wenn die Römer von actio reden, denken sie dieses Element in seiner specifischen Bedeutung; in außerordentlich häufigen Fällen hat es für ihre Vorstellung keine andere Bedeutung, als eben die, daß das Begehren rechtlich anerkannt sei. Nach einer ihnen durchaus geläufigen Auffassungsweise ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs ein Ausdruck seiner rechtlichen Anerkennung überhaupt, statt zu sagen: einem Anspruch steht das Recht zur Seite, sagen sie: es steht ihm das Gericht zur Seite. Was wir Rechtsanspruch nennen, ist für die Römer Gerichtsanspruch.

Die römische Auffassung erklärt sich vornehmlich aus historischen Gründen[a]; uns ist sie fremd. Wollten wir heutzutage von einem Recht der gerichtlichen Verfolgung, von einem Klagerecht reden, statt von einem Rechtsanspruch schlechthin, so würden wir die Folge nennen statt des Grundes. Für unsere Auffassung ist die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs nichts als eine

[a] Mitgewirkt hat gewiß „die auf das Praktische gerichtete Anschauung" der Römer, welche „das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige erfaßte" (Kierulff S. 156); aber der eigentliche und entscheidende Grund war dieß nicht. Der eigentliche und entscheidende Grund war die Selbständigkeit, welche bei den Römern zur Zeit der Republik und noch bis in die Kaiserzeit hinein die Gerichtsregel gegenüber der Rechtsregel hatte. Diese Selbständigkeit der Gerichtsregel machte sich bereits zur Zeit der legis actiones geltend, wo über Recht und Unrecht nicht sowohl die lex entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und deren Interpretation (Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. S. 1. 2, Ihering Geist des röm. R. II S. 671—675. 2. Ausg. S. 636—639), noch mehr aber im Formularproceß, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das ius gebunden zu sein. So hatte denn freilich bei den Römern, wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, nicht zu fragen, ob das ius für ihn sei, sondern ob und welche actio ihm zu Gebote stehe. Vgl. noch Note 5 in der zweiten Hälfte.

Consequenz seiner rechtlichen Anerkennung[3]; sie ist eine Seite des Anspruchs, nicht dasjenige, was den Anspruch ausmacht. — Schlimmer noch ist es, wenn man, was vielfach geschieht, die römische actio auffaßt als das durch die Verletzung des Rechtes aus dem Recht erzeugte neue Recht[4]. Jedenfalls das Moment der Rechtsverletzung ist dem Begriff der actio durchaus fremd[5].

---

[3] Die obligationes naturales, als etwas durchaus Anomales und Exceptionelles, müssen, wo es sich um die Ergründung des Wesens der Rechte handelt, außer Ansatz bleiben. S. unten die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten (II §. 287 fg.) und Windscheid die Actio, Abwehr ꝛc. §. 8. Jedenfalls sind die Römer nicht gemeint, wo sie von actio reden, dadurch den Gegensatz zur naturalis obligatio zu betonen.

[4] Man läßt sich dabei verführen durch den deutschen Ausdruck Klage. Von einer Klage, d. h. von einem sich beim Richter Beklagen, kann freilich nicht eher die Rede sein, bis man Unrecht erlitten hat. Das jedenfalls sollte man sich recht zum Bewußtsein bringen, daß die Grundvorstellung in dem römischen Begriff actio eine ganz andere ist, als in unserem Begriff Klage, dort die Vorstellung der Verhandlung, hier die Vorstellung des Sichbeklagens, Sichbeschwerens. Das zeigt sich auch darin, daß wir nicht anders sagen können, als: gegen Jemanden klagen, während die ganz geläufige römische Ausdrucksweise ist: agere cum aliquo.

[5] Das im Texte Gesagte ist der Grundgedanke folgender Schrift: Windscheid die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856). Vgl. dagegen die Gegenschrift von Muther: zur Lehre von der römischen Actio ꝛc. (1857), und gegen dieser wieder: Windscheid die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (1857); über alles Dieses die Recensionen von Kuntze in Schletter's Jahrb. V S. 1—16 (1859) und Zimmermann in Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 461 fg. (1859). Vgl. ferner Dworzak krit. Ueberschau V S. 1 fg., Bekker krit. VJSchr. V S. 399 fg. — Die Ansicht, daß die actio das neue durch die Verletzung des Rechts aus demselben entstandene Recht sei, ist in der neueren Zeit namentlich durch Savigny (System V §. 204. 205) vertreten worden. Andere Schriftsteller haben diesen Irrthum vermieden, und bestimmen die actio als die dem Rechte als solchem inwohnende und auch vor der Verletzung vorhandene Befugniß zur Klage für den Fall der Verletzung (eventuelles Klagerecht), oder als das Recht selbst in seiner Macht, sich durch Klage zu verwirklichen (Puchta §. 81 und Vorll. dazu, Rudorff zu Puchta Vorll. 5. Ausg. I S. 185 Note 1, Arndts §. 96, Wächter II §. 62 Note 1, Unger §. 113, Kierulff S. 156. 157). Aber auch dieser Auffassung gegenüber muß gefragt werden, ob denn die Römer in allen Fällen, wo sie von actio reden, gerade dieses Moment der processualischen Verfolgbarkeit im Auge haben, und ob, was sie von der actio aussagen, immer in diesem Momente seinen Grund hat? Und wenn diese Frage verneint werden muß, wie in der That Niemand bestreitet (man

## §. 45.

Dem Gesagten zufolge entspricht auch der im §. 43 erörterten Eintheilung der Ansprüche in dingliche und in persön-

---

denke beispielsweise an die actio poenalis, an den Untergang der actio durch den Tod des Subjectes): folgt daraus nicht, daß die Römer den Begriff: Befugniß zur processualischen Verfolgung verwerthen zur Bezeichnung einer Seite des Rechts, welche etwas Anderes ist, als eben seine processualische Verfolgbarkeit, und sollte dieses Andere nicht gerade die persönliche Richtung des Rechts sein, d. h. dasjenige, was von der processualischen Verfolgbarkeit übrig bleibt, wenn man das specifische Moment des Processes abzieht? Böcking (Pandekten des röm. Privatr. I §. 131. Pandekten-Grundriß I §. 150 Note 1. Institutionen I §. 51 — übereinstimmend Demelius Untersuchungen S. 116 fg., v. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß II §. 35 Note 8. §. 85 Note 7 —) definirt denn auch wirklich die actio als „das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen", handelt aber nichtsdestoweniger von der actio unter der Rubrik: Schutzmittel verletzter Rechte. — In der oben citirten Schrift habe ich den Satz aufgestellt, die römische actio sei der Ausdruck, nicht der Ausfluß des Rechts; die actio sei es, welche das Recht mache, nicht das Recht, welches die actio mache. Man kann darüber streiten, ob das nicht zu scharf gesagt ist für die civilrechtlichen Actionen (vgl. Bruns zur Geschichte der Cession in: Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII. Sept. MDCCCLXVIII, Berlin 1869, S. 50, aber auch Brinz krit. VJSchr. XI S. 484 fg.); in Betreff der auf der magistratischen Jurisdiction beruhenden ist es gewiß richtig. Es ist dagegen eingewendet worden, daß man denn doch auf die Gerichtsregel sich habe berufen, die Anwendung derselben kraft seines Rechts habe in Anspruch nehmen können (Arndts §. 96 Anm. 4, vgl. Unger II §. 113 Note 9a), ja man ist so weit gegangen, zu behaupten, die „rechtschaffende" Thätigkeit der Magistrate sei principiell von unserer heutigen „Legislative" nicht verschieden gewesen (Zimmermann a. a. O. S. 476). Wenn mit dieser letzteren Behauptung gesagt sein soll, die Thätigkeit der Gerichtsmagistrate sei bei den Römern ebenfalls Organ der Rechtsordnung gewesen, so habe ich das selbst mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit ausgesprochen (die Actio 2c. S. 4. 5); soll sie mehr sagen, so ist dieselbe mir unbegreiflich. Was aber die Arndts'sche Behauptung angeht, so ist dieselbe doch einmal weit davon entfernt, für alle Zeiten des römischen Rechts unbedingt wahr zu sein, und auch nachdem sie wahr geworden war, hatte man immerhin ein Recht dem Gegner gegenüber nur deßwegen, weil man von dem Gerichte die Gewährung richterlicher Hülfe fordern konnte, — man hatte ein Recht, weil man actio, aber nicht actio, weil man ein Recht hatte. Noch Ulpian nimmt keinen Anstand, von einem Nießbrauch zu reden, welcher nicht „iure" bestehe, sondern „tuitione praetoris" (l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, vgl. l. 9 §. 1 D. ususfr. quem adm. 7. 9). Jedenfalls aber, und das bleibt die Hauptsache, hatte es viel weniger in der Natur der

liche Ansprüche bei den Römern eine Eintheilung der actiones. Die Bezeichnung für diese Eintheilung ist: actiones in rem — in personam s. personales. Ueber diese Eintheilung ist folgendes Nähere zu bemerken[1].

1. Der Ausdruck actio in personam wird nicht, wie man erwarten möchte, auch auf die familienrechtlichen Ansprüche bezogen[2]. Dieß erklärt sich aus der oben (§. 41) bezeichneten Natur der familienrechtlichen Ansprüche, kraft deren sie nicht reine Rechts-

---

Sache als in einer historischen Zufälligkeit seinen Grund, daß das römische Recht auch jetzt noch von einem Recht zur gerichtlichen Verfolgung sprach, statt von einem Rechte, Rechtsanspruch, schlechthin — und Dieses gilt in gleicher Weise auch von den civilrechtlichen Actionen. — Besondere Auffassungen des Wesens der actio bei Hasse Rhein. Museum VI. 1, Muther a. a. O. S. 35 fg., 40 fg., Bekker a. a. O. Bekker hat seit der letzten Auflage dieses Lehrbuchs seine Auffassung näher ausgeführt zuerst in einem Aufsatz in der Zeitschr. f. RGsch. IX S. 369 fg. (1870) und sodann in einem umfassenden Werke: die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1871. 1873. Nach Bekker's Auffassung ist die römische actio etwas rein Formales: Recht auf Gericht; aber in diesem Gericht erhält man nur Etwas, wenn man einen Anspruch hat (Anspruch=Recht auf Leistung, das Leistensollen des Gegners, beruhend auf Recht oder Volksüberzeugung). Ich meine: actio in diesem Sinne hat auch derjenige, welcher eine ganz unrichtige Behauptung aufstellt, und wenn die Quellen von der actio als einem Vermögensstück reden, so verstehen sie darunter Recht nicht bloß auf richterliche Anhörung, sondern auch auf richterliche Erhörung. — Die Schrift von Prinz: das allgemeine Actionenrecht oder die Lehre vom Anspruche, auf der geschichtlichen Unterlage des gemeinen und preußischen Rechtes dogmatisch entwickelt, und als leitendes Princip für jede Prozeßgesetzgebung begründet, Breslau 1870, trägt die alte Lehre, daß actio das aus der Verletzung des Rechts entstandene neue Recht (unter dem Namen „Anspruch") sei, vor, ohne daß, wie es scheint, dem Verf. abweichende Meinungen bekannt sind. Vgl. über diese Schrift Bekker krit. VJSchr. XII S. 587 fg. — Eine weit gehende Annäherung an die hier vertretene Auffassung jetzt bei Bruns in der 2. Aufl. von v. Holtzendorff's Encykl. I S. 350.

§. 45. [1] S. über das Folgende Windscheid die Actio §. 2, und über abweichende Ansichten: Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 252 fg. 386 fg. (1823), Hasse d. J. Rhein. Mus. VI S. 12 fg. 154 fg. (1834), Savigny V §. 206—209 (1841), Wächter Erörter. I. 4 (1845), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 6 (1860), Hesse Jahrb. f. Dogm. VII. 2 (1865), Bekker die Aktionen I S. 200 fg. (1871). Keller röm. Civilproc. §. 87, Rudorff röm. RGesch. II §. 35, Unger II §. 114, Sintenis I S. 247 fg.

[2] Gai. IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere". Ebenso in §. 1 I. de act.

ansprüche sind. So erscheint den Römern die gerichtliche Verfolgung der familienrechtlichen Ansprüche, soweit von ihr überhaupt die Rede sein kann, als etwas Außerordentliches, bei der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche nicht mit in Rechnung zu Ziehendes.

2. Actio in rem bezeichnet nicht bloß die dingliche actio, d. h. die actio aus dinglichem Recht[3]; in einem andern Sinn bezeichnet der Ausdruck die unpersönliche (sachliche) actio[4]. Unpersönlich (sachlich) aber kann eine actio einmal deßwegen genannt werden, weil sie auf etwas dem Gegner nicht Persönliches geht,

---

4. 6, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7. Die in personam actio ist also die obligatorische actio. — Da die obligatorische actio sich mit dem obligatorischen Rechte deckt, so wird sie häufig geradezu statt des letzteren genannt, so z. B. in l. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; vgl. auch l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes".

[3] In einer Reihe von Stellen bezeichnet actio in rem ganz speciell die Eigenthumsactio wegen Vorenthaltung der Sache, die rei vindicatio, vgl. z. B. Gai. IV. 51. 86. 87. 91. 92, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; dann auch die Actio, mit welcher überhaupt ein dingliches Recht geltend gemacht wird. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa". — Andere Bezeichnungen für die in rem actio in diesem Sinne sind: vindicatio, petitio, wodurch denn die in personam actio zur actio schlechthin oder actio im engeren Sinne wird. Gai. IV. 5, l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7. — Actio in rem specialis und de universitate, l. 1 pr. §. 1 D. de R. V. 6. 1. — Actio in rem als Vertreterin der actio in personam: s. §. 174 Note 9. — Uebr die s. g. actiones mixtae s. Löhr Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV. 1, Arndts Rhein. Mus. II S. 141—144, Savigny V S. 36. 37, Puchta Inst. II §. 167. i. k, Wächter II S. 419. 420, Keller röm. Civilpr. §. 87 zu Note 1094, Eck die s. g. doppelseitigen Klagen S. 90 fg., Bekker die Aktionen I S. 240 Note 34.

[4] Der Ausdruck in rem bezeichnet das Unpersönliche auch in zahlreichen anderen Verbindungen. S. z. B. l. 7 §. 8 D. de pact. 2. 14. „Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam". Vgl. außerdem l. 10 D. ut leg. 36. 3, l. 8 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

dann aber auch deßwegen, weil sie nicht an eine bestimmte Person gebunden ist. Beides trifft zusammen bei den dinglichen actiones[5], welche also auch in diesem doppelten Sinn in rem sind; das Letztere allein macht sich geltend bei den actiones aus Obligationen mit unbestimmtem Gegner, den s. g. actiones in rem scriptae[6].

3. In rem in dem zuvor bemerkten Sinne, unpersönlich (sachlich), ist ferner auch diejenige actio, in welcher nicht die Verurtheilung des Gegners, sondern nur die Feststellung irgend eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch verlangt wird. Das iudicium wird hier speciell als praeiudicium, die actio als actio praeiudicialis bezeichnet[7]. Unpersönlich (sachlichen) ist aber die actio praeiudicalis sowohl deßwegen, weil sie auf etwas dem Gegner Unpersönliches geht, behauptet, daß etwas sei, nicht, daß der Gegner etwas leisten

---

[5] Was auch die dingliche actio im letzten Resultate vom Gegner verlangen mag, sie verlangt es von ihm auf Grund des dinglichen Rechts, und so ist es in erster Linie immer das Bestehen des dinglichen Rechts, worauf sie gerichtet ist.

[6] Von der Möglichkeit, daß auch eine Obligation einen unbestimmten Gegner haben könne, ist bereits in §. 43 die Rede gewesen. Der Ausdruck actio in rem scripta, den man jetzt als technischen zu gebrauchen pflegt, kommt in unseren Quellen nur Ein Mal, in l. 9 §. 8 D. quod. met. c. 4. 2, vor, außerdem ist von exceptio in rem scripta die Rede in l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. In der ersten Stelle wird die actio aus dem Zwange in rem scripta deßwegen genannt, weil sie nicht „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est". Andere Beispiele der s. g. actio in rem scripta s. in l. 5 §. 13 l. 7 pr. §. 1 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Eine solche actio ist aber deßwegen, weil sie in rem scripta ist, nicht weniger eine actio aus einem Forderungsrechte, also in personam, und die Quellen erkennen dieß ausdrücklich an, §. 31 I. de act. 4. 6, l. 6 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3. Eine besondere Behandlung dieses Gegenstandes s. bei Schmidt (von Ilmenau) civil. Abh. Nr. 1. S. auch §. 43 Note 6. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 519 fg. 546 fg. 554 fg.

[7] §. 13 I. de act. 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit vel de partu agnoscendo". Um die praeiudicialis actio mit zu umfassen, definirt §. 1 I. eod. die actio in rem als diejenige actio, mit welcher Jemand klagt gegen den „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam".

müsse, als auch deßwegen, weil sie nicht auf eine bestimmte Person beschränkt ist, sondern Jeden ergreift, welcher dem behaupteten Verhältniß die Anerkennung verweigert. Will man nun in dieser actio ebenfalls den Ausdruck eines Anspruches finden, so kann man als Inhalt desselben nur bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als processualisches Gebilde, Anrufung des Richters, oder Recht zur Anrufung des Richters, aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Parteien streitigen Punktes nur in sofern obliegt, als ihm dieselbe nothwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Partei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung von ihm begehrt, ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte. Inwiefern ein solches Begehren zulässig sei, ist eine Frage für sich, daß es bloß bei den s. g. Statusverhältnissen (§. 39 Anm. 2) zulässig sei, eine durch nichts unterstützte Behauptung[8].

## §. 46.

Außer der Eintheilung in actio in rem und in personam wird in den Quellen des römischen Rechts noch eine große An-

[8] Wächter II S. 413. 421, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII S. 258—260, Windscheid die Actio ꝛc. §. 2 Note 14, Bähr Anerkenn. §. 69 und Jahrb. f. Dogm. I S. 483 fg. (Dernburg Pfandr. I S. 473), Frieblieb das. III S. 316, Seuffert I §. 23 Note 5. §. 24 Note 1a, Arndts §. 97 Anm. 5, Unger I S. 551. II S. 374, Reuner (§. 37 Note 3) S. 70. 164. 165, Bruns Besitzklagen S. 4 fg. Dawider zuletzt Sintenis I §. 28 Note 1, s. auch Bekker die Aktionen I S. 283 fg. Vgl. Seuff. Arch. I. 16. 324, II. 27, III. 304. 305. 306, IV. 19, VI. 319, VII. 298, VIII. 247, IX. 257, X. 108, XI. 126, XII. 9, XIII. 19, XIV. 5. 91. 145. 223, XV. 80 Note 1, XVII. 208, XVIII. 113 (S. 181). 213, XIX. 110. 231 (wo der Einsender bemerkt, daß in Kurhessen die Zulässigkeit sog. Anerkennungsklagen durch das Civilproceßgesetz' vom 28. Oct. 1863 ausdrücklich| anerkannt sei), XX. 7, XXI. 90. 270, XXII 3. 4. 5, XXIII. 25. 105. 106, XXIV. 200, XXVII. 2. — Gegen den Schluß aus der actio in rem praeiudicialis auf die Dinglichkeit der Rechtsverhältnisse, bei welcher sie stattfindet, welcher Schluß namentlich in Betreff der Statusverhältnisse wirklich gemacht worden ist (Thibaut Versuche II S. 55 fg.), braucht nach dem Gesagten wohl kaum noch besonders gewarnt zu werden. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 16—19.

zahl von anderen Eintheilungen der actiones erwähnt. Die allermeisten derselben gehören aber nicht hierher, zum Theil weil sie sich nicht auf die materielle, sondern auf die processualische Seite der actio, auf das Gerichtsmoment in dem Begriff der actio, beziehen[1], zum Theil weil sie antiquirt sind[2], zum Theil, weil ihre Bedeutung nicht so allgemeiner Natur ist, daß von ihnen schon an diesem Orte geredet werden dürfte[3]. Nur eine jener Eintheilungen darf hier nicht übergangen werden. Zwar ist dieselbe in der besonderen Gestalt, in welcher sie im römischen Rechte auftritt, für uns ebenfalls Antiquität, aber der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist sowohl von bleibender Wahrheit, als von allgemeiner Natur. Dieser Gedanke aber ist der, daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht, in Be-

---

§. 46. [1] Von dieser Art ist

a) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und extraordinaria persecutio (l. 178 §. 2 D. de V. S. 50 16), vgl. Keller röm. Civ. Pr. §. 81, Rudorff röm. RGesch. II §. 60, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II §. 122;

b) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und interdictum. (l. 35 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), vgl. Keller a. a. O. §. 74—76, Rudorff a. a. O. §. 53—54, Bethmann-Hollweg a. a. O. II §. 98;

c) die Eintheilung in actio simplex und duplex, Keller a. a. O. §. 90, Rudorff a. a. O. §. 47.

[2] Dieser Grund macht sich geltend

a) bei den zuvor unter a) und b) aufgeführten Eintheilungen; was die unter c) genannte angeht vgl. §. 127 Note 2;

b) bei der Eintheilung in actio civilis und honoraria, actio directa, und utilis, so wie bei dem Begriff der actio in factum, vgl. Keller a. a. O. §. 89, Rudorff. a. a. O. §. 49. 51, Bethmann-Hollweg a. a. O. II §. 96;

c) bei der Eintheilung in actiones populares und privatae, vgl. Keller a. a. O. §. 92, Rudorff a. a. O. §. 46, Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 341—415, und unten II §. 326 Note 6.

[3] Aus diesem Grunde gehört nicht hierher die Eintheilung in actiones quibus rem persequimur und poenales, ferner actiones quae vindictam continent (Keller a. a. O. §. 91, Rudorff a. a. O. §. 44, Bethmann-Hollweg a. a. O. II §. 95), und die Eintheilung in actiones perpetuae und temporales (Keller a. a. O. §. 93, Rudorff a. a. O. §. 52). Die letztere Eintheilung ist hergenommen von der verschiedenen Dauer der (unbefriedigten) Ansprüche,. die erstere setzt allen übrigen Ansprüchen besondere Klassen der obligatorischen Ansprüche entgegen. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. §. 3 u. unten §. 106. Auch Unger §. 114 Note 16.

treff der Bestimmtheit, oder besser gesagt, im Betreff der Dehnbarkeit ihres Inhalts. Die Quelle dieses Unterschieds ist die Natur der Thatsachen, durch welche die Ansprüche erzeugt werden. Es gibt Thatsachen, welche unabänderlich auf eine bestimmte Leistung als das von der Gerechtigkeit (Billigkeit) Geforderte hinweisen; die Natur anderer aber ist von der Art, daß sie den Inhalt des Anspruchs, welchen sie erzeugen, mehr im Allgemeinen bezeichnen, als im Einzelnen bestimmen, daß sie nur die Grundlage der Entscheidung an die Hand geben, während die Entscheidung selbst von den besonderen Umständen des einzelnen Falles abzuhangen hat. Es liegt nahe, daß das Recht sich bestreben wird, seine Regel mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände genauer auszubilden; alle Umstände vorherzusehen, ist geradezu unmöglich; wie weit in der Casuistik vorgegangen werden soll, darüber wird leicht das eine Recht eine andere Ansicht haben, als das andere. — Im römischen Recht tritt die verschiedene Dehnbarkeit der Ansprüche in der größeren oder geringeren Weite der dem Juder ertheilten Instruction zu Tage. Unter den dehnbareren, freieren actiones werden hervorgehoben die actiones bonae fidei und arbitrariae[4]. Dieselben legen dem

[4] Die actiones bonae fidei (§. 28—30 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß der Juder angewiesen wurde, den Beklagten zu verurtheilen auf Alles, was derselbe leisten müsse ex fide bona, d. h. nach Treue und Glauben, nach der unter redlichen Menschen festgehaltenen Regel (ut inter bonos bene agier oportet, wie es früher beim iudicium fiduciae hieß, Cic. de off. III. 15. Top. c. 17 i. f.). Die arbitrariae actiones (§. 31 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß in ihnen der Richter auf sein arbitrium (arbitratus) verwiesen wurde. Zu den actiones bonae fidei gehören nur obligatorische actiones, zu den arbitrariae gehören zwar auch obligatorische, vorzugsweise aber alle dinglichen. Der Gegensatz gegen die actio bonae fidei wird durch den Ausdruck condictio bezeichnet heutzutage sagt man gewöhnlich actio stricti iuris. Dieser letztere Ausdruck läßt sich aber als ein Ausdruck der klassischen Zeit nicht nachweisen (er kommt nur in §. 28 I. de act. 4. 6 und der Sache nach in l. un. §. 2 C. de rei ux. act. 5. 13 vor, in der ersten Stelle überdieß mit der Variante „stricti iudicii“, s. die Ausgabe von Schrader), und ist insofern nicht zu empfehlen, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist. Diese Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht dahin, daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Recht handele. Das ist aber keineswegs der Fall; die Rechtsregel, nach welcher die actiones bonae

Judex gar keine Schranken auf, sondern überlassen es seinem Ermessen, worauf er den Beklagten verurtheilen wolle. Freilich hat es dabei nicht sein Bewenden behalten; im Laufe der Zeit sind für dieses Ermessen durch die Jurisprudenz und die Kaisergesetzgebung Rechtsregeln ausgebildet worden, welche in das Detail hineingehen, soweit es irgend wünschbar ist. Aber die Natur dieser actiones hat sich dadurch nicht geändert, es sind immer actiones geblieben, welche nicht unverrückbar auf ein von

---

fidei und die s. g. actiones stricti iuris beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man actio stricti iuris nennt, ist strictum nicht das ius, sondern das iudicium (der Ausdruck actio stricti iudicii steht in l. 5 §. 4 D. de in lit. iur. 12. 3, strictum iudicium in §. 30 I. de act. 4. 6, und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Für den Anspruch z. B. aus der Stipulation ist es ebenso sehr das Angemessene, d. h. das Billige (aequum), daß man bei der Bestimmung seines Inhalts nicht über die Worte der Parteien hinausgehe, als es für den Anspruch aus dem Kaufe das Billige ist, daß die Intention der Parteien ausgelegt werde; der römische Ausdruck aber hierfür ist der, daß dort der Judex, um ihn zu befähigen, dem Wesen des Rechtsverhältnisses Genüge zu leisten, auf ein oportet verwiesen wird, hier auf ein oportet ex fide bona. Vgl. über die bonae fidei actiones und ihren Gegensatz Savigny V §. 218—220. 224 und Beil. XIII. XIV, Wächter Erörterungen II. 11, Vangerow I §. 139 Anm., Keller röm. Civ. Pr. §. 88, Windscheid die Actio ꝛc. §. 4, Rudorff röm. RGesch. II §. 40—42, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 261—286, Bekker die Aktionen I S. 93—168. Bei den arbitrariae actiones (s. darüber Savigny II §. 221—224, Wächter Erörter. II. 9, Keller röm. Civ. Pr. II §. 28. 67, Rudorff röm. RGesch. II S. 152—154, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 287—293) findet sich regelmäßig noch die Eigenthümlichkeit, daß die Formula dem Judex Verurtheilung nur für den Fall gestattet, daß der Beklagte nicht auf sein Gebot den Kläger freiwillig befriedigen sollte; daß diese Eigenthümlichkeit bei sämmtlichen arbitrariae actiones vorgekommen sei, läßt sich nicht behaupten. (Es sagt dieß freilich §. 31 I. de act.; aber wie verhält es sich mit der actio de eo quod certo loco? In l. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco 13. 4 wird die Verpflichtung des Judex zu absolviren offenbar nur daraus hergeleitet, daß er „aequitatem ante oculos habet", nicht aber aus einer speciellen Clausel seiner Instruction. Und wie hätte sich mit der contumacia des Beklagten die Rücksichtnahme auf sein Interesse [l. 2 pr. tit. cit.] vertragen?) — Neben den actiones bonae fidei und arbitrariae werden als freie Klagen noch genannt die in aequum et bonum conceptae. Es sind dieß Strafklagen, bei denen das Strafmaß in das Ermessen des Judex gestellt ist. Vgl. Keller Civ. Pr. §. 89 Note 1117, Savigny II S. 93—96.

vorn herein Bestimmtes gehen, sondern auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu Bestimmendes. Und wie mit diesen actiones, verhält es sich noch heutzutage mit den durch sie bezeichneten Ansprüchen. Deßwegen kann es nicht gebilligt werden, wenn jetzt allgemein gelehrt wird, daß der Gegensatz zwischen den strengen und den freien actiones für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei. Der diesem Gegensatz zu Grunde liegende Gedanke hat für uns noch dieselbe Wahrheit, welche er für die Römer hatte[5]. Was an jenem Gegensatz für das heutige Recht ohne alle Bedeutung ist, ist nur seine Ausprägung im römischen Formularverfahren. Diese Ausprägung hat denn freilich auch auf den Inhalt des Gegensatzes einen Einfluß ausgeübt, welcher für uns nicht mehr maßgebend sein kann. Aus der engeren oder weiteren Anweisung des Judex haben nämlich die Römer auch solche Consequenzen gezogen, welche mit der Natur der rechterzeugenden Thatsachen nicht in Verbindung stehen und sich aus derselben nicht rechtfertigen[6]. Diese Consequenzen sind allerdings aus dem heutigen Recht auszuweisen[7].

[5] So erzeugen die s. g. Formalcontracte auch heutzutage noch eine s. g actio stricti iuris, die übrigen Verträge eine actio bonae fidei, d. h. bei den Formalcontracten ist auch heutzutage noch die Beredung der Parteien ohne Weiteres bestimmend für den Inhalt des durch sie erzeugten Anspruchs, bei den übrigen Verträgen muß erst durch Auslegung ihrer Intention der Inhalt des Anspruchs gefunden werden. Ebenso ist der Darlehnsanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigtem Haben, auch heutzutage noch, und aus demselben Grunde und in demselben Sinne wie bei den Römern, ein anderer Anspruch, als z. B. der Anspruch aus der Vormundschaft, der Gemeinschaft.

[6] Auch die engere Anweisung gab dem Judex die Möglichkeit, dem Wesen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses vollkommen gerecht zu werden; darauf war sie berechnet. Aber wie wenn von Außen her Umstände hinzutraten, welche mit selbständiger Kraft auf den Anspruch modificirend oder hemmend einwirkten? Auf sie Rücksicht zu nehmen, war bei den engeren Klagen gerade ebenso sehr Forderung der Billigkeit, wie bei den freien; aber dem Judex war hier die Hand durch seine Instruction gebunden. Auch in manchen anderen Beziehungen glaubte man ihm wegen der Fassung derselben eine Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen, welche man der Sache selbst für angemessen hielt, z. B. in Betreff der Verhaftung des Schuldners für Unterlassungen. Eine Zusammenstellung der Verschiedenheiten beider Klaggattungen geben Wächter Erörter. II S. 48 fg., Vangerow I §. 189 Anm.

[7] Ueber die heutige Unanwendbarkeit derselben herrscht unter den neueren Civilisten eine fast ausnahmslose Uebereinstimmung, obgleich Wächter nicht

## Die Einreden*.

### §. 47.

Einem Anspruch kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist zwar an und für sich begründet, es sind alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine Thatsache vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang anknüpft; aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt, daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann, durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt[1].

---

zweifellos darüber ist, ob in dieser Beziehung von einem eigentlichen Gewohnheitsrecht geredet werden dürfe. Wächter Erörter. II S. 112 fg., Savigny V §. 224, Arndts §. 100 Anm., Vangerow I S. 209.

* Kierulff S. 175—188, Savigny V §. 225—229, Wächter II §. 69. 70, Sintenis I §. 32, Unger II §. 124—126. Windscheid die Actio ꝛc. S. 225—227. Keller Civ. Pr. §. 34—37, Rudorff röm. RGesch. §. 31—33, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II §. 99.

§. 47. [1] Im römischen Recht tritt, wie der Anspruch selbst in der Form der actio, so diese Hemmung des Anspruchs in der Form einer Hemmung der actio auf. Die Bezeichnung dafür ist exceptio, eigentlich und ursprünglich: Ausnahme von dem dem Judex ertheilten Condemnationsbefehl. Gai. IV. 115—119; pr. I. de exc. 4. 13, l. 2. 22 pr. D. eod. 44. 1. Nothwendig war die Einrückung einer solchen Ausnahme in die Formel eben dann, wenn der Beklagte in seiner Vertheidigung nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei; zu untersuchen, ob der Anspruch an und für sich begründet sei, darauf wies den Judex bereits die intentio an. Wann und wie lange man sagen müsse, daß ein Anspruch an und für sich begründet sei, wo das Gebiet der indirecten Unwirksamkeit beginne, ist eine Frage, deren Beantwortung von den besonderen Bestimmungen des positiven Rechts abhängt, und welche das eine positive Recht leicht anders beantworten wird, als das andere (man denke z. B. an den Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte). So ist die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Einrede keine nothwendige; der Gegensatz selbst ist von der Art, daß er sich in jedem nur einigermaßen entwickelten Recht wiederfinden wird. Und zwar hat dieser Gegensatz nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Der Anspruch, welcher rechtlich gar nicht vorhanden ist, muß, um vorhanden zu sein, erst erzeugt werden; während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht, durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatsachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 4 fg., Savigny V S. 157. 158. 166—169. 179 fg., Wächter II S. 508—511,

Der Umstand, welcher den Anspruch hemmt, kann ein Recht oder eine Thatsache sein[2]. Die Hemmung selbst kann eine

Reinhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 193—195. 199—201 (1856), Vangerow I §. 126 Anm., Arndts §. 101 Anm. 1 (aber auch krit. Ueberschau IV S. 238), Unger II S. 474 fg., Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 388 fg. Von der anderen Seite ist es ebenso wahr, daß nicht überall ein innerer Grund ersichtlich ist, weßwegen das römische Recht einen bestimmten Umstand als exceptio behandelt oder aber ihm die Kraft zuschreibt, den Anspruch zu einem an und für sich unbegründeten zu machen, und daß dabei namentlich der Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen Recht eine bedeutende Rolle gespielt hat. Zu weit aber ist es gegangen wenn man auf diesen Gegensatz den Begriff der exceptio hat stellen wollen, wie das mehr oder weniger durchgreifend versucht haben: Albrecht die Exceptionen des gem. teutschen Civilprocesses (München 1835, nam. §. 9. 19), Krüger processualische Consumtion §. 5 und Zeitschr. f. RGesch. VII S. 219 fg., Eisele die materielle Grundlage der exceptio (Berlin 1871), welchem Letzteren zustimmen mit einer anderen Wendung E. Zimmermann in seinen „kritischen Bemerkungen" zu der gedachten Schrift (Gießen 1872), mit einer Beschränkung Brinz krit. VJSchr. XIV S. 206 fg.; dagegen Bekker Aktionen II S. 278. Die Consequenz dieser Ansicht ist, daß die römische exceptio für das heutige Recht keine Bedeutung mehr habe und diese Consequenz hat Albrecht rein gezogen, ebenso Brinz, während Krüger, Eisele und Zimmermann die innere Berechtigung des Begriffs einer indirecten Abschwächung des Anspruchs (des Klagerechts) nicht leugnen (Krüger Zeitschr. S. 219. 222, Eisele S. 123 fg., Zimmermann S. 29 fg.). Von einer andern Seite her (in einseitig processualischer Betrachtung) bestreitet die Bedeutung des Begriffs der exceptio für das heutige Recht v. Völderndorff Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 10 (1854). Auch Bekker Aktionen II S. 275 fg. ist der Ansicht, daß die exceptio für das römische Recht Bedeutung gehabt habe lediglich durch ihre besondere processualische Behandlung und leugnet aus diesem Grunde ihre Unterschiedenheit von den heutigen Einreden (s. unt.) (Gegen das, was oben über die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes gesagt worden ist, wenden sich die Bemerkungen Bekker's S. 299: ich halte dieselben nicht für beweisend. Oder wird in der That dadurch, daß nach der Zahlung die Partheien „unter Zurückrufung der alten Schuld" verabreden, daß der Empfänger das Gezahlte als Darlehn behalten solle, die „alte" Schuld „zurückgerufen"?)

[2] Beispiele. Nießbrauch gegenüber dem Eigenthumsanspruch, Gegenforderung gegenüber dem Forderungsanspruch — Einrede des Betrugs, exceptio rei venditae et traditae. Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weit verbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der exceptio in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden selbständigen Rechts bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbständigen Rechte" etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs

bleibende oder eine vorübergehende[3], eine vollständige oder eine theilweise sein[4]. Sie kann persönlicher oder unpersönlicher (sachlicher) Natur sein, d. h. eine bestimmte Person des in dem Anspruch Berechtigten[5] oder Verpflichteten[6] voraussetzen, oder nicht voraussetzen.[7]

---

zu verlangen. Vgl. gegen diese Ansicht z. B. l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, l. 3 §. 1 i. f. D. nautae 4. 9, und von Schriftstellern Bekker proc. Consumption S. 93—96. Aktionen II S. 275 fg., Wetzell Civilproc. §. 17 Note 18, Windscheid die Actio 2c. S. 226. 227, Brinz I S. 131, Krüger proc. Consumtion S. 24 und Zeitschr. f. RGesch. VII S. 219 fg. S. auf der anderen Seite aus der neueren Zeit: Arndts in der 5. und den folgenden Auflagen §. 101 Anm. 2, Bethmann-Hollweg röm. Civ. Pr. II S. 390 fg.

[3] Exceptiones perpetuae, peremtoriae — temporales, dilatoriae. Gai. IV. 120—122, §. 8—11 I. de exc. 4. 13, l. 2 §. 4 l. 3 D. eod. 44. 1.

[4] Dieses Letztere noch in doppelter Beziehung, entweder der Quantität nach, z. B. bei der Einrede aus dem s. g. beneficium competentiae (l. 7 pr. D. de exc. 44, 1), oder der Qualität nach, so daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, z. B. bei der exceptio SCi Macedoniani.

[5] L. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. „Metus causa (exceptio) .. distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit". Vgl. l. 2 §. 1 l. 4 §. 28 eod., l. 57 §. 1 D. de pactis 2. 14.

[6] L. 2 §. 2 D. de dol. exc. 44. 4. „Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris". L. 7 D. de exc. 44. 1, l. 57 §. 1 D. de pact. *cit.* — Zu dieser und der vorhergehenden Note: Einreden, welche auf den Sondernachfolger in das bingliche Recht übergehen oder nicht übergehen. Vgl. §. 78 Note 6, §. 112 Note 2, §. 132 Note 3, §. 172 Note 7, §. 197 Note 6. 7, §. 233 Note 25, II §. 449 Note 14.

[7] Ohne alle Bedeutung für das heutige Recht ist die Eintheilung der exceptiones in solche, welche auf dem Civil- und solche, welche auf dem prätorischen Rechte beruhen (Gai. IV. 118, §. 7 I. de exc. 4. 3), ferner die Begriffe der exceptio utilis (l. 21 D. de praescr. verb. 19. 5) und der exceptio in factum (ausführlich specificirte, nicht mit einem kurzen Namen bezeichnete exceptio, l. 2 §. 5 l. 4 §. 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Unpraktisch ist ferner auch der Begriff der s. g. exceptio doli generalis oder praesentis ('si in ea re nihil dolo malo Ai Ai fiat'). Diese exceptio doli war für die Römer nichts als ein Mittel, dem Judex die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, auch ohne daß sie in der Formel speciell genannt war, denn: „dolo facit, quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest

Von der Einrede in dem hier erörterten Sinn des Wortes ist zu unterscheiden die Einrede im processualischen Sinn des Wortes. Die Einrede im processualischen Sinn des Wortes bezieht sich auf die vom Kläger aufgestellten thatsächlichen Behauptungen und besteht darin, daß der Beklagte diesen Behauptungen seinerseits eine Behauptung entgegenstellt. Die Einrede im materiellen Sinn des Wortes muß auch im Proceß nothwendigerweise als Einrede auftreten; aber nicht jede Einrede, welche es im Sinn des Processes ist, ist zugleich eine Einrede im materiellen Sinn des Wortes, denn die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung kann auch von der Art sein, daß damit Entstehen oder Fortbestehen des klägerischen Anspruchs an und für sich unverträglich ist[8].

---

petit" (l. 2 §. 5 D. de doli exc. 44. 4). Vgl. aber auch Hänel Arch. f. civ. Pr. XII S. 429 fg. (1829), Brinz I S. 135. Eine Aufzählung von Anwendungen der exc. doli gibt Hänel a. a. O. S. 422 fg. Vgl. Seuff. Arch. V. 2, VI. 290, IX. 32.

[8] Es ist eine Einrede im processualischen Sinn des Wortes, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß das von dem Kläger angerufene Rechtsgeschäft von einem Wahnsinnigen abgeschlossen worden sei, oder darauf, daß er das empfangene Darlehn bereits zurückgezahlt habe; aber weder in dem einen noch in dem andern Falle liegt eine Einrede im materiellen Sinn des Wortes vor. — Was die Bezeichnung angeht, so beschränkt das römische Recht den Ausdruck exceptio auf die Einrede im materiellen Sinn des Wortes, obgleich der formula in factum concepta gegenüber auch die Einrede im processualischen Sinn des Wortes als exceptio auftreten konnte (vgl. Thon Zeitschr. f. RGesch. II S. 239 fg., Jhering Geist des röm. Rechts III S. 58, aber auch Bekker Aktionen II S. 136 fg.). Savigny (V S. 189) hat vorgeschlagen, diesen römischen Sprachgebrauch beizubehalten, und danach zwischen Exceptionen und Einreden zu unterscheiden. Es steht dem Ausdrucke Exception nichts entgegen, als daß er undeutsch ist; aber dieß ist in meinen Augen auch genug. Ich sehe in der Verwendung des deutschen Ausdrucks Einrede auch für die römische exceptio keinen Uebelstand. In sehr vielen Fällen wird der Zusammenhang jedes Mißverständniß ausschließen; wo man glaubt, Ursache zu haben, sich gegen Mißverständniß besonders zu schützen, mag man sich durch einen Zusatz: im processualischen Sinn, processualische Einrede — im Sinne des materiellen Rechts, im materiellen Sinne, im engeren Sinne, helfen. Man könnte daran denken, den deutschen Ausdruck Einwand, welcher jedenfalls von der Rechtssprache noch nicht in Besitz genommen ist, zur Bezeichnung der römischen exceptio zu verwerthen. Aber dem widerspricht der Geist der deutschen Sprache, welche diesen Ausdruck ganz allgemein für jede Entgegnung gebraucht. Vgl. auch Wächter II §. 69 Anm. 19, Reinhold

## §. 48.

Der Einrede kann eine Gegeneinrede entgegenstehen. Das will sagen: die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird, d. h. so, daß die Hemmung, obgleich sie fortfährt, an und für sich begründet zu sein, doch nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso kann die Gegeneinrede ihrerseits wieder durch eine ihr entgegenstehende Gegeneinrede überwunden werden, und so fort[1].

Bei den Gegeneinreden finden sich dieselben Gegensätze, die im vorigen §. von den Einreden bemerkt wurden. Ebenso gibt es, wie Einreden im processualischen Sinn, so auch Gegeneinreden im processualischen Sinn; auch in dieser Beziehung gilt das im vorigen §. von den Einreden Bemerkte[2].

---

Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII S. 204, Unger II §. 124 Note 12. — Wohl zu unterscheiden von den Einreden im processualischen Sinn sind die s. g. Proceßeinreden, besser proceßverzögerlichen Einreden, diejenigen Einreden, mit welchen der Beklagte einen processualischen Mangel in dem Vorbringen des Klägers geltend gemacht, zu dem Ende, um sich der Pflicht der Klagebeantwortung zu entziehen. Vgl. hierüber: Bülow die Lehre von den Proceßeinreden und den Proceßvoraussetzungen (1868), welcher Schriftsteller nicht von Proceßeinreden, sondern von Proceßvoraussetzungen geredet wissen will, und über diese Schrift: Planck krit. VJSchr. XI S. 163 fg., v. Bar Arch. f. civ. Pr. LII S. 431 fg. Wetzell Civilproc. 3. Aufl. S. 136 fg.

§. 48. [1] Die Gegeneinreden heißen römisch: replicatio, duplicatio, triplicatio. Gai. IV. 126—129, pr. — §. 3. I. de replic. 4. 14, l. 2 §. 1—3 l. 22 §. 1 D. de exc. 44. 1. L. 22 §. 1 cit.: „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio". L. 2 §. 3 cit.: — „sed et contra replicationem solet dari triplicatio (*vulg.* solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)". Vgl. l. 7 §. 1. 2 D. de cur. fur. 27. 10.

[2] Der Einrede im Sinne des materiellen Rechts kann nicht bloß die Behauptung eines Umstandes entgegengesetzt werden, durch welchen die hemmende Kraft der Einrede indirect gehemmt, sondern auch eine solche Behauptung, durch welche geradezu die Existenz der Einrede verneint wird, z. B. der Einrede der Compensation wird die (processualische) Gegeneinrede der Zahlung entgegengesetzt. — Umgekehrt kann auch der Einrede im bloß processualischen Sinne des Wortes eine Gegeneinrede im materiellen Sinne des Wortes entgegengesetzt werden, z. B. ein Gläubiger ist von seinem Schuldner zum Schulderlaß gezwungen worden. (Wie eine solche Einrede bei den Römern in der Formel zum Ausdruck gelangte, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Vgl. Bekker Aktionen II S. 284 fg.)

## Rechte an Rechten.

### §. 48a.

Im juristischen Sprachgebrauch werden nicht bloß Sachen und Personen (§. 38), sondern auch Rechte als Gegenstände von Rechten behandelt. Wie ist das zu denken?

1. Die Rechtsordnung erkennt an, daß bestehende Rechte durch menschlichen Willen aufgehoben und umgestaltet (§. 64. 65.) werden können. Indem sie dieses thut, unterwirft sie das Recht einem Rechte, die von ihr verliehene Macht einer von ihr verliehenen Macht. Der Begriff des Rechtes ist in dieser Anwendung ganz der gleiche, wie in allen sonstigen Anwendungen. Es ist aber nicht erforderlich, den Rechten dieser Art eine besondere Abtheilung des Systems anzuweisen. Was von Rechten dieser Art zu sagen ist, findet seine vollkommen passende Stelle bei den Rechten, welche ihren Gegenstand bilden.

2. Von einem Rechte an einem Rechte spricht man auch in dem Sinne, das Jemand das Recht hat, ein bestehendes Recht für sich geltend zu machen. Hiergegen ist zu bemerken, daß das Recht, das Recht geltend zu machen, in dem Begriff des Rechtes mit gedacht, und also das Recht am Rechte in diesem Sinne nichts ist, als das Recht selbst, nur nicht als ruhend aufgefaßt, sondern als in Thätigkeit gesetzt. Doch ist der Ausdruck schwer zu entbehren für den Fall, wo ein Anderer, als der eigentlich Berechtigte, berechtigt ist, das Recht in gewissem Umfange für sich geltend zu machen, insofern nämlich in diesem Fall ein Analogon des Verhältnisses vorliegt, welches stattfindet, wenn eine Sache der Totalberechtigung des Einen und der Partialberechtigung eines Andern unterworfen ist[1].

---

[1] Vgl. über den in neuerer Zeit viel besprochenen Begriff des Rechts am Rechte einerseits Neuner (§. 37 Note 3) S. 52. 53, Bekker krit. VJSchr. VI S. 479, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 36 fg. 84 fg., Hofmann krit. VJSchr. XI S. 527 — andererseits Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 20—25 und krit. VJSchr. XI S. 218 fg., und namentlich Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 11 fg., dazu Bekker krit. VJSchr. XV S. 540 fg. 547 fg., dawider Pfaff in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart I S. 53 fg. §. 48a.

[2] In diesem Sinne spricht man von einem Eigenthumsrechte, Nießbrauch, Pfandrecht an einem Rechte.

[3] Vgl. §. 165 Note 1, §. 168, § 206 zweite Hälfte, §. 227, §. 239.

# Zweites Kapitel.

## Das Rechtssubject.

### I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.

#### Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts.

#### §. 49.

Das natürliche und der Betrachtung sich zunächst darbietende Verhältniß ist, daß die Rechte und Verbindlichkeiten angeknüpft sind an einen (oder mehrere) Menschen, daß sie Rechte und Verbindlichkeiten eines oder (mehrerer) Menschen sind. Das natürliche und nächstliegende Rechtssubject[1] ist der Mensch; denn die nächste Aufgabe der Rechtsordnung ist, die Herrschaftsgebiete der einzelnen sich gegenüberstehenden menschlichen Individuen gegen einander abzugrenzen.

Aber dieses natürliche und regelmäßige Verhältniß ist nicht das allein mögliche und das allein vorkommende. Möglich ist auch das Verhältniß, daß Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, ohne an einen Menschen als ihren Träger angeknüpft zu sein. Die hauptsächlichste Anwendung dieses Verhältnisses ist die, daß Rechte bestehen, welche die Bestimmung haben, einem gewissen Zweck zu dienen, z. B. dem Staatszweck, der Pflege und Heilung von Kranken u. s. w.; in gleicher Weise können auch Verbindlichkeiten

---

§. 49. [1] Ueber den Begriff des Rechtssubjects vgl. den Aufsatz von Bekker Jahrb. f. Dogm. XI. 1 (1872, wirklich erschienen im Herbst 1871), welcher freilich mehr fragt, als antwortet. Doch mache ich diese Bemerkung nicht im Sinne eines Vorwurfs; denn der Begriff ist außerordentlich schwierig, und das letzte Wort über denselben in der Wissenschaft noch nicht gesprochen. Ich definire: Subject des Rechts ist dasjenige Wesen, dessen Wollen (Wollen in eigenem Namen, durch sich oder einen Andern) entscheidend ist für das Recht in der Gesammtheit seiner Beziehungen, d. h. in allen, insoweit nicht durch einen besonderen rechtsconstituirenden Act eine einzelne ausgeschlossen ist (vgl. §. 167). Nach Jhering Geist des röm. R. III §. 60. 61 ist Subject des Rechts derjenige, zu dessen Genuß das Recht bestimmt ist, vorausgesetzt daß derselbe sein Interesse klagend verfolgen kann. S. jetzt noch Bekker krit. VJSchr. XV S. 553. 559 (1873).

an einen solchen Zweck angeknüpft werden, so daß eine gewisse Leistung nicht von einem Menschen, sondern von Seiten der mit jenem Zweck in Verbindung gesetzten rechtlichen Macht verlangt werden darf. Aber auch wenn Rechte und Verbindlichkeiten nicht für einen Zweck bestimmt sind, sondern in der That für einen Menschen, ist es zu ihrem Bestande nicht nothwendig, daß dieser Mensch als ihr Subject schon jetzt eingetreten sei; sie können bestehen auch in der Erwartung seines Eintritts. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der zum Nachlaß eines Verstorbenen Berufene die Erbschaft noch nicht angetreten hat[2].

Für das hier beschriebene Verhältniß ist nun aber eine doppelte Betrachtungsweise möglich. Auf der einen Seite kann und muß man sagen, daß bei demselben die Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, wie ohne Verknüpfung mit einem menschlichen Individuum, so ohne Verknüpfung mit einem Subject überhaupt[3]. Dieser Auffassung widerstrebt jedoch ein natürliches,

---

[2] S. noch §. 52 zu Note 5; auch 215 Note 3. In anderen Fällen macht das Recht es von einem künftigen Umstande abhängig, ob dieser oder jener Mensch Subject der Rechte und Verbindlichkeiten sein werde. Ein wichtiger hierher gehöriger, freilich antiquirter, Fall ist der des in Gefangenschaft gerathenen römischen Bürgers; seine Rechte gingen weder unter, noch sofort auf den Erben über. Vgl. l. 19 §. 5 D. de neg. gest. 3. 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt“. Andere Fälle in l. 12 §. 5 l. 70 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Vgl. über diese letzteren Fälle Wächter das schwebende Eigenthum (Leipzig 1871) S. 8—17.

[3] Die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subject ist eine der brennendsten Fragen der Gegenwart. Für diese Möglichkeit haben sich ausgesprochen Windscheid die Actio S. 234 fg. u. kr. Ueberschau VI S. 219—221, Köppen die Erbschaft §. 1 u. Erbrecht S. 235—244, Demelius die Rechtsfiction S. 79. 82. 85 und Jahrb. f. Dogm. IV. 2 passim, Schirmer röm. Erbrecht §. 3, Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 5. 12, Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie I S. 270, Bekker Jahrb. f. Dogm. XI. 1 und schon früher Jahrb. d. gem. R. I S. 305, s. auch Pernice Labeo I S. 358 fg.; gegen dieselbe: Kuntze die Obligation S. 59 u. §. 95 und Inhaberpapiere S. 234, Unger kr. Ueberschau VI S. 160—171, Dworzak in Haimerl's österr. VJSchr. VIII Lit. Anz. S. 51—53 u. XI Heft 2 S. 6, Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den jur. Personen S. VII, Arndts §. 21 Anm. 1. §. 465 Anm. 1 a. E., Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8. 9, Neuner (§. 37 Note 3) S. 109 fg.,

auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte und Verbindlichkeiten ein tragendes Subject, und findet dasselbe (wenigstens regelmäßig) in einer künstlich durch Gedankenoperation geschaffenen, einer vorgestellten Person. So werden die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Staatszwecke zu dienen bestimmt sind, dem Staate zugeschrieben, diejenigen, welche zur Krankenpflege verwendet werden sollen, dem Krankenhause, die durch den Tod des bisherigen Trägers subjectlos gewordenen, auf den Erben noch nicht übergegangenen, der Erbschaft selbst u. s. w[4]. Auf diesem Wege wird zugleich ein Bedürfniß der juristischen Technik befriedigt, indem es nun möglich wird, den Rechtssätzen ohne Rücksicht darauf, ob sie einem

---

Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 1 fg., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 390. 391, Böhlau Rechtssubject und Personenwille (Weimar 1871) S. 4 fg., Zitelmann Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen (Leipzig 1873) S. 27 fg. 62 fg. Ueber Brinz s. Note 5. Mit dem Begriff des Rechts vereinigt sich die hier behauptete Möglichkeit durch die Betrachtung, daß das Recht nicht reales Wollen ist, sondern ein zu wollender Willensinhalt, daß es besteht dadurch, daß ein gewisser Willensinhalt als maßgebend für die gegenüberstehenden Willen gewollt werden darf (§. 37). Nun wird allerdings, indem der Begriff Wollendürfen gedacht wird, mit gedacht ein Wollendes, bestimmter: ein wollender Mensch; aber es ist nicht nothwendig, daß der den berechtigten Willensinhalt wollende Mensch (so weit nämlich reales Wollen zur Entfaltung des Rechts erforderlich ist) denselben für sich wolle, er kann ihn auch wollen für einen Anderen, und wenn dieß Niemand leugnet, so leuchtet es nicht ein, warum er ihn nicht auch sollte wollen können für ein Anderes, d. h. für einen dem Rechte gesetzten Zweck, für eine ihn aufgeprägte Bestimmung. Der Schluß: er kann ihn, wenn er ihn nicht für die eigene Person will, nur wollen für eine andere wirkliche oder vorgestellte Person, welche als durch ihn wollend gedacht wird, hat keine zwingende Kraft.

[4] Personificationen des Unpersönlichen finden nicht bloß zu juristischen Zwecken statt; es gibt tausend uns geläufige Personificationen, welche ohne alle juristische Bedeutung sind. Wenn wir z. B. von der öffentlichen Meinung sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, von dem Handel, daß er sich neue Wege suche, so machen wir die öffentliche Meinung und den Handel zu einer Person, aber deßwegen nicht zu einem Rechtssubject. Welche der im Leben vorkommenden Personificationen fähig seien, Rechtssubjecte zu werden, ist eine Frage, welche nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiver Bestimmung beantwortet werden kann.

[5] Vgl. Unger österr. Erbr. §. 7 Anm. 7. — Der im Text vertretenen

Subjecte zustehen, oder nicht, einen einheitlichen Ausdruck zu geben[5]. Eine solche künstlich geschaffene Person wird mit einem

---

Auffassung, nach welcher die Aufstellung einer gedachten Person als Subjects von an sich subjectlosen Rechten etwas Natürliches und Zweckmäßiges ist, stehen zwei andere Auffassungen gegenüber. 1) Die eine erklärt die Aufstellung einer gedachten Person für Mehr als etwas Natürliches und Zweckmäßiges, nämlich für eine logische Nothwendigkeit, weil das Recht ohne Subject nicht gedacht werden könne (vgl. Note 3). Aber es liegt auf der Hand, wie auch schon Andere bemerkt haben (vgl. die Citate bei Zitelmann a. a. O. S. 18, neuestens Brinz 2. Aufl. S. 198), daß die Wirklichkeit dadurch nicht zu einer andern gemacht wird, daß sie als eine andere vorgestellt wird, und wenn daher in der That ein Recht ohne Subject nicht gedacht werden kann, so folgt daraus nur, daß dasjenige, was vorhanden ist, wo es an einem Subjecte thatsächlich fehlt, eben kein Recht ist, sondern irgend etwas Anderes; nicht aber kann es zu einem Rechte dadurch gemacht werden, daß das fehlende Subject hinzufingirt wird. So consequent Jhering, welcher (Jahrb. f. Dogm. X S. 399. 408 fg.) für die Stiftung und die ruhende Erbschaft nicht Rechte annimmt, sondern das, was er die passive Wirkung der Rechte nennt, Gebundenheit des Rechtsobjects. Und so im Grunde auch Brinz (S. 984. 990. 991), nur daß dieser davon absteht, dasjenige, was bei Mangel eines für sich wollenden Subjects vorhanden sei, näher zu bestimmen, und sich darauf beschränkt, zu versichern, daß es dazu nicht nothwendig sein würde „neue Begriffe aufzustellen, sondern nur die vorhandenen zu fassen und Rechtsgeschäfte und Actionen ihnen gemäß zu formen". 2) Andere erklären umgekehrt die Aufstellung einer gedachten Person für etwas Ueberflüssiges und Unzweckmäßiges, und sind mehr oder minder geneigt, die gedachte Person aus der Rechtstheorie ganz zu beseitigen. Der Urheber dieser Richtung ist Brinz, welcher in der Vorrede zu seinem Lehrbuch S. XI (1857) das berühmt gewordene Wort ausgesprochen hat, daß die gedachte Person ebensowenig in die Lehre von den Personen gehöre, wie die Vogelscheuche in die Lehre von den Menschen — unter Beifall von Demelius Rechtsfiction S. 85 und namentlich Jahrb. f. Dogm. IV. 2 (1860), vgl. auch Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV. 10 (1860). Jahrb. f. Dogm. XII 1 (1872). krit. VJSchr. XV S. 556 (1873), und s. dagegen Unger krit. Ueberschau VI S. 156 fg. und österr. Erbr. §. 7 Anm. 10. 12. 13, Arndts krit. VJSchr. I S. 93 fg. und Pand. §. 41 Anm. 4, Vangerow 7. Aufl. I §. 53 Anm. a. E., H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 8 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encyklop., 2. Aufl. I S. 335. In der Fortsetzung seines Lehrbuchs, 1868, erkennt übrigens Brinz an nicht bloß, daß das „Zweckvermögen" von jeher so behandelt worden sei, als stehe es einer Person zu, sondern auch, daß daran nichts geändert zu werden brauche. Wenn andererseits Brinz darauf dringt, daß die Doctrin sich immer im Bewußtsein erhalte, daß die gedachte Person eben nur eine gedachte und in Wirklichkeit ein personenloses Vermögen vor-

hergebrachten, nicht einwandfreien Ausdruck juristische Person genannt[6], im Gegensatz des Menschen, welcher von der Natur mit

handen sei, daß die Doctrin bedacht sein solle, diesem Vermögen „die Personificationen statt über-, unterzuordnen", so ist er dabei gewiß in seinem Rechte. Vermittelnd Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 103 fg. (juristische Personen wegen der Rechtsgeschäfte). S. jetzt auch Brinz in der 2. Aufl. S. 194 fg. — Böhlau a. a. O. (Note 3) will an die Stelle der gedachten Person die Fiction setzen, daß das „thatsächlich subjectlose" Vermögen eine physische Person zum Herrn habe, deren „Rolle" das Vermögen „spiele". S. darüber Zitelmann a. a. O. S. 21 fg., Brinz 2. Aufl. S. 197, andererseits wieder Böhlau Arch. f. civ. Pr. LVI S. 358 fg.

[6] Person nennen wir das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum. Die s. g. juristischen Personen sind persönlich gedachte Nichtpersonen; daß sie als Personen gedacht werden, beruht auf einem der Menschennatur inwohnenden Zuge, welchen das Recht für sich verwerthet, und nicht auf einer Vorschrift des Rechts; insofern kann man sie sogar zu den natürlichen Personen rechnen (vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 359—365 und unten §. 59 Note 1a). Allerdings werden nun die Ausdrücke Person und Persönlichkeit vielfach auch in einem anderen Sinne gebraucht (nicht immer, wie es scheint, mit einem klaren Bewußtsein dieses Gegensatzes). Man versteht unter Person auch das vom Rechte mit der Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, ausgestattete Individuum, unter Persönlichkeit die Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, so daß also Persönlichkeit gleich Rechtsfähigkeit ist. In diesem Sinne sind die juristischen Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, denn auch er hat Rechtsfähigkeit nur, weil und insofern sie ihm vom Rechte verliehen ist. Vgl. Kuntze die Obligation S. 377, Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 11. — Die Römer verstehen unter persona (über die Ableitung des Wortes s. Gell. Noct. Att. V. 7 und vgl. mōles und mōlestus, currus, und cūrulis, Mommsen röm. Staatsrecht I S. 313 Anm. 4) nicht Rechtssubject, sondern Person im nichtjuristischen Sinne des Worts, so daß sie z. B. keinen Anstand nehmen, von einer persona servi oder servilis zu reden (l. 86 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 215 D. de V. S. 50. 16, l. 22 pr. D. de R. I. 50. 17). Für das, was wir juristische Person nennen, haben sie keine Bezeichnung, sondern sagen, Etwas werde wie eine Person behandelt (l. 22 D. de fidei 46. 1), oder nennen es geradezu persona (l. 9 §. 1 D. quod metus causa 4. 2, in welcher Stelle die Corporation der „singularis persona" entgegengesetzt wird, vgl. „persona publica" und „persona coloniae" bei Agg. Urb. und Frontin, röm. Feldmesser ed. Lachmann p. 16. 54). Wenn es in Nov. Theod. XVII. 1 §. 2 und bei Cassiod. Var. VI. 8 von den Sclaven heißt: „personam non habentes", „personam legibus non habentes", so soll damit, wie der Zusammenhang deutlich zeigt, lediglich ihre Unfähigkeit, vor Gericht aufzutreten, bezeichnet werden, so daß die Redeweise nur das „legitimam personam (standi) in iudicio" der rubr. Cod. 3. 6 wiedergibt, wo persona nichts bezeichnet als Rolle, Function; es

Persönlichkeit begabt ist. Eine bessere Bezeichnung ist: fingirte Person[7], eine noch schlechtere, früher viel gebrauchte: moralische Person. Auch der Ausdruck mystische Person findet sich.

Ueber die Ansicht, nach welcher die juristische Person eine wirkliche, keine gedachte Person sein soll, ist das Nöthige in der Note[8] bemerkt.

---

heißt hier personam habere, wie es sonst heißt: personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere. Ganz allgemein aber und mit Ableitung anderer Consequenzen nennt Theophilus (zu §. 1 I. de her. inst., pr. I. de stip. serv., §. 3 I. quib. mod. toll. obl.) den Sklaven ἀπρόσωπος, so daß nicht zu bezweifeln ist, daß er in der That unter persona Rechtssubject versteht.

[7] Wenn man den Menschen die natürliche Person nennt, so bildet den Gegensatz nicht die juristische, sondern die nur vorgestellte, in Gedanken künstlich geschaffene, also fingirte Person. v. Scheurl (Beiträge I S. 5—11) will nur diejenigen künstlichen Personen, welche, wie die ruhende Erbschaft, keinen andern Zweck haben, als den, Rechtssubject zu sein, fingirte Person genannt wissen, die übrigen juristische.

[8] Der Satz, daß die juristische Person als Person keine fingirte, sondern eine reale Existenz habe, ist in der neueren Zeit in verschiedenen Graden der Durchbildung und in verschiedenen Graden des Umfangs, entweder für alle juristischen Personen oder nur für bestimmte Arten derselben, namentlich für die Corporationen, und entweder als allgemein richtig, oder als Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtsbewußtseins im Gegensatz zum römischen, behauptet worden. Vgl. unten §. 58 Note 3, §. 59 Note 1a und die Uebersicht bei Zitelmann Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen S. 53 fg., aus der neuesten Zeit diese Schrift selbst und vor Allem die Schrift von Gierke Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (Berlin 1873), welche beide Schriften sich in ihrer Grundauffassung sehr nahe berühren. Nach Zitelmann soll die juristische Person deßwegen reale Existenz haben, weil ihre Rechtssphäre von einem realen Willen, den zur Einheit zusammengeschlossenen Willen der Corporationsmitglieder, dem Willen des Stifters, des Erblassers, beherrscht werde. Aber der Beweis dafür, daß die Willen der Corporationsmitglieder eine Einheit in der Wirklichkeit, und nicht bloß für die Vorstellung bilden, ist nicht erbracht, und für die Stiftung ist nicht der Wille des Stifters maßgebend, sondern ein von ihm Gewolltes. Vgl. Bekker krit. VJSchr. XV S. 554 fg., Brinz 2. Aufl. S. 199, Böhlau Arch. f. civ. Pr. LVI S. 351. Gierke lehrt, daß nach deutscher Rechtsauffassung die Persönlichkeit theilbar sei, die Fähigkeit besitze, Stücke (Theile, Splitter) aus sich abzusondern; die Corporation sei die Verbindung einer Mehrheit solcher abgesonderten Stücke zur Einheit einer Gesammtpersönlichkeit, die Stiftung (Anstalt) die Verselbständigung eines einzelnen Stückes. Dieser Schriftsteller gebraucht von dem Begriff des subjectlosen Rechts und von dem der Vermögenspersonification den Ausdruck „juristische Kunststücke" (S. 71).

## Unbestimmtheit des Rechtssubjects*.

### §. 50.

Die Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit einem, leiblich existirenden oder nur vorgestellten, Rechtssubject erfolgt regelmäßig in der Weise, daß die Rechte und Verbindlichkeiten einem bestimmten Subject zugeschrieben werden. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß als Subject der Rechte und Verbindlichkeiten jede Person bezeichnet wird, welche in ein gewisses Verhältniß, z. B. Besitz oder Eigenthum einer Sache, hineintritt[1]. Diesem Falle ähnlich, aber wohl von demselben zu unterscheiden, ist der Fall, wo an die wechselnden Personen nicht sowohl das Recht selbst, als vielmehr nur die Ausübung desselben angeknüpft ist, was ebenso auch bei der Verbindlichkeit denkbar ist. Insofern in diesem letzteren Falle für das Recht und die Verbindlichkeit nicht durch Personification ein künstliches Subject geschaffen wird, müssen sie als subjectlos bezeichnet werden[2]. Ferner ist zu unterscheiden der Fall, wo es zwar ebenfalls von einem künftigen Umstande abhängt, wer Subject des Rechts oder der Verbindlichkeit ist, derjenige aber, der einmal Rechtssubject geworden ist, es auch definitiv bleibt. In diesem Falle liegt nicht sowohl eine Unbestimmtheit des Rechtssubjects, als eine Unbestimmtheit in der anfänglichen Bezeichnung des Rechtssubjects vor[3].

## Mehrheit der Rechtssubjecte*.

### §. 51.

Die Rechte und Verbindlichkeiten können auch angeknüpft sein an eine Mehrheit von Subjecten. Es ist dieß nicht möglich

* Vgl. Savigny II §. 103 und unten II §. 291. Auch Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 40 fg.

§. 50. [1] Beispiele: Grunddienstbarkeiten, Obligation aus dem Zwange.

[2] Vgl. §. 57 Note 10.

[3] Vgl. §. 49 Note 2.

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4 (1831). Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. f. Civ.- u. Crim. R. III S. 67 fg. (1838). Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 162 fg. 181 fg. (1844) und Handbuch II §. 75. Savigny Obl.R. I §. 30 fg. Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 3—22 (1862). Unger I §. 67.

bei allen Rechten, namentlich nicht bei den Familienrechten; bei denjenigen, bei welchen es möglich ist, kommt es noch in einer doppelten Weise vor. Entweder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechts hat und keines dem anderen in der Ausübung des Rechts hindernd in den Weg treten darf; ebenso bei der Verbindlichkeit, daß dieselbe gegen jedes Subject geltend gemacht werden kann, ohne daß das in Anspruch genommene Subject berechtigt wäre, den Mitverbundenen zur Mitleidenschaft zu ziehen[1]. Oder die mehreren Subjecte haben das Recht und die Verbindlichkeit zusammen, so daß dieselben nur durch und gegen alle Subjecte in Bewegung gesetzt werden können, und zwischen ihnen dem Werth nach getheilt sind[2]. Von dem letzteren Falle ist wohl zu unterscheiden der Fall, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit sich unter mehrere Subjecte in der Weise spaltet, daß jedes Subject ein besonderes für sich bestehendes Recht, oder eine besondere für sich bestehende Verbindlichkeit hat, wie z. B. die Obligation des Erblassers unter die mehreren Erben; das Recht und die Verbindlichkeit sind hier nicht dem Werth, sondern der Substanz nach getheilt, eine Mehrheit der Subjecte für ein und dasselbe Recht, eine und dieselbe Verbindlichkeit ist in der That nicht vorhanden. Von Theilung und Theilbarkeit der Rechte spricht man in dem einen und dem anderen Fall[3].

## II. Der Mensch als Rechtssubject.

### A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit*.

#### §. 52.

Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubject zu sein, er ist rechtsfähig von dem Augen-

[1] Beispiel: Correalobligation. §. 51.

[2] Beispiel: Miteigenthum.

[3] Die Schrift von Baron: die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht (1864) beruht auf dem Gedanken, daß ein Recht einerseits ungetheilt mehreren Einzelnen, und andererseits zugleich der durch die Zusammenfassung dieser Einzelnen gebildeten neuen Persönlichkeit, ihrer Gesammtheit, zustehen konne (ebenso bei den Verbindlichkeiten). Der Verf. sucht sich in dieser Weise eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen zu vermitteln, zu deren Erklärung es einer so unnatürlichen Annahme nicht bedarf. Gegen Baron: A. Pernice krit. VJSchr. VII S. 106—127.

blicke seiner Existenz an. Beginnt aber die Existenz des Menschen erst mit der Geburt, oder schon mit der Erzeugung? Die Auffassung des römischen Rechts ist folgende. Das Kind im Mutterleib ist noch nicht Mensch[1]; wird es aber als rechtsfähiger Mensch geboren, so wird, was seine eigene rechtliche Lage angeht[2], seine Existenz gerechnet nicht erst von der Zeit seiner Geburt, sondern bereits von der Zeit seiner Erzeugung[3]. Fallen daher dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben; von der anderen Seite aber ist der Anfall nicht nichtig, wenn nur das Kind hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjecte anerfallen[4]. Bis zur Geburt des

---

* Savigny II §. 61—63, Sintenis I S. 91—95. Vgl. Stobbe deutsches Privatr. I §. 37.

§. 52. [1] L. 9 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur". L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre 25. 4: — „partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum".

[2] In l. 7 D. de statu hom. 1. 5 heißt es: „quotiens de commodis ipsius partus quaeritur". Aber vgl. l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2. (wird an einer schwangeren Sclavin ein furtum begangen, so ist das von ihr geborene Kind res furtiva). Der Gegensatz, welchen die l. 7 cit. hervorheben will, ist der, daß, wo die Existenz eines Menschen einem Anderen einen rechtlichen Vortheil bringt, diese Existenz erst von der Zeit der Geburt an gerechnet werden dürfe. Sie denkt hauptsächlich, wenn nicht allein, an die durch die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit an das Kinderhaben angeknüpften Belohnungen und Straffreiheiten. Hinlänglich allgemein ist der Ausdruck in l. 231 D. de V. S. 50. 16: „cum de ipsius iure quaeritur". L. 26 D. de statu hom. 1. 5: „in toto paene iure civili". Vgl. Savigny II S. 4—6. 12 fg., Dernburg Pfandrecht I S. 446 fg., Göppert organische Erzeugnisse S. 172 fg.

[3] In den Quellen heißt es schlechthin, der Ungeborene werde als bereits geboren angesehen (s. die in der vorigen Note citirten Stellen) — ungenau; denn wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so ist er auch nach rechtlicher Betrachtung nie Mensch gewesen. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. „Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto". L. 129 D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 30 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3 D. si pars her. 5. 4.

Kindes bestehen sie einstweilen als subjectlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie schon jetzt als Rechte des Kindes bezeichnet werden[5].

Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Person und folglich ein Rechtssubject hervorgebracht. Damit es der Fall sei, ist nothwendig, daß das Geborene menschliche Bildung habe[6], lebendig[7] und keine Fehlgeburt sei[8].

## §. 53.

Die menschliche Persönlichkeit endet mit dem Tode; der Gestorbene ist nicht mehr rechtsfähig, wie der Ungeborene es noch nicht ist.

Entsteht Streit darüber, ob ein Mensch noch lebe oder nicht, so muß den Tod beweisen, wer sich auf den Tod, das Leben, wer sich auf das Leben beruft. Verschollene gelten aber nach heutigem gemeinem Gewohnheitsrecht als gestorben, sobald seit ihrer Geburt 70 Jahre verflossen sind; der größeren Sicherheit

---

[5] §. 2 I. de her. inst. 2. 14: „eius qui in utero est servus". Richtig drückt sich l. 3 D. si pars her. 5. 4 aus: „antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent". Rudorff (zu Puchta §. 114. b) erklärt den Ungeborenen für eine juristische Person. Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre. Hierauf antwortet jetzt, in der 10. Aufl., Rudorff, wenn ich ihn recht verstehe, daß der Ungeborene nicht erwerbe: aber wozu denn die juristische Persönlichkeit? S. auch Vangerow I S. 64. 65 der 7. Aufl., Köppen die Erbschaft S. 46 fg.

[6] L. 14 D. de statu hom. l. 5, l. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 §. 1 D. de lib. 28. 2. Vgl. l. 44 pr. D. de rel. 11. 7.

[7] L. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 pr. D. de lib. 28. 2, l. 129 D. de V. S. 50. 16. Seuff. Arch. II. 124.

[8] L. 2 C. de post. 6. 29, §. 1 I. de exh. lib. 2. 13, vgl. Paul. sentent. IV. 9 §. 1. 6. Fehlgeburt: abortus. Die Fehlgeburt kann auch lebendig sein; das lebendig Geborene ist Fehlgeburt dann, wenn es nicht so lange im Mutterleibe gewesen ist, daß es sein Leben außerhalb des Mutterleibes fortsetzen kann. Dagegen schließt eine auf anderen Gründen beruhende Lebensunfähigkeit die Rechtsfähigkeit nicht aus. Das Letztere ist heutzutage unbestritten; nicht, daß Lebensfähigkeit in jenem ersten Sinn Voraussetzung der Rechtsfähigkeit allerdings sei. Savigny III Beil. III, Vangerow I §. 32 Anm. Für die richtige Meinung namentlich Wächter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). Einen Bericht über den Inhalt dieser akademischen Programme gibt Fitting Arch. f. civ. Pr. L. 1.

wegen wird jedoch eine Edictalcitation erlassen, und daß sie keinen Erfolg gehabt habe, durch eine Erklärung des Gerichtes ausgesprochen (s. g. Todeserklärung)[1]. Von der andern Seite gilt auch der Verschollene, was anfallende Erbschaften und Vermächtnisse angeht, bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt als lebend, so daß sein Leben nicht weiter bewiesen zu werden braucht[2].

---

§. 53. [1] Vgl. über diese Lehre vor Allem die treffliche und erschöpfende Abhandlung von Bruns Jahrb. d. gem. R. I. 5 (1857), aus der älteren Literatur außer den bei Bruns Citirten noch: H. Tschierpe über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), herausg. von Trotsche (1866). Stobbe deutsch. Privatrecht I S. 227—238. Roth bayrisches Civilrecht I S. 150—164. Das römische Recht half, abgesehen von einigen besonderen Bestimmungen, durch die Erwägung der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall. Bruns a. a. O. S. 92—122. Daß das vollendete 70. Lebensjahr das entscheidende sei, hat sich erst im 18. Jahrhundert festgestellt, auf Grund von Psalm 90 V. 10. Bruns S. 174 fg. Auch der Zeitpunkt des Todes wird durch das vollendete 70. Jahr bestimmt; die s. g. Todeserklärung hat nur declaratorische Wirkung. Bruns S. 176—186. 198—201, Vangerow I §. 33 Anm. 1, Stobbe S. 235 fg., Roth S. 160. Seuff. Arch. XXV. 5. Darüber wie es zu halten sei, wenn der Verschollene zur Zeit des Verschwindens das 70. Jahr bereits zurückgelegt hatte, hat sich bei der Seltenheit des Falles eine feste Meinung weder in Theorie noch Praxis bilden können; ein Urtheil der Leipziger Juristen-Facultät von 1784 geht auf das (in der früheren Zeit vielfach als überhaupt entscheidend festgehaltene) 100. Jahr zurück. Bruns S. 186. 187, 201. — Es können aber auch schon vor dem Ablauf des bezeichneten Termins die nächsten Erben des Verschollenen Auslieferung seines Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung gegen Caution begehren. S. II §. 447 a. E.

[2] Bruns S. 123. 124. 140—142. 168—172. 193—196. Bruns S. 195. „Daß eine ganz absolute und allgemeine Präsumtion für die Fortdauer des Lebens grundlos und unzweckmäßig ist, soll nicht geleugnet werden. Damit ist aber die besondere Begründung und Zulassung derselben bei den activen und passiven Erbverhältnissen des Verschollenen ganz wohl vereinbar". Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht (also: der Sinn der Präsumtion sei nur, nach dem 70. Jahre lebe der Verschollene nicht mehr, nicht auch, bis dahin lebe er) namentlich durch die Ausführung von Cropp (Heise und Cropp jur. Abhandl. II 4. 5 [1830]), welche „aber durch Vernachlässigung der historischen Entwicklung der vorigen Jahrhunderte entschieden auf einseitigen Grundlagen beruht" (Bruns S. 193), in Theorie und Praxis zu mannichfacher Anerkennung gelangt. Bruns S. 195; Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXVI Nr. 2—4 (1861), Köppen Erbrecht S. 444 fg., Unger österr. Erbr. §. 36 Anm. 6, Northoff Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 1,

[3] Wie den Tod eines Menschen beweisen muß, wer sich auf denselben beruft, so den Zeitpunkt des Todes, wer sich darauf beruft, daß Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei. Dieß gilt namentlich für den Fall, wo Rechte darauf gegründet werden, daß von zwei Menschen einer den anderen überlebt habe, einer zu Lebzeiten des anderen gestorben sei. Ist es nicht möglich, den Beweis dieser Thatsache zu erbringen, so können die betreffenden Rechte nicht in Anspruch genommen werden[4]. Nur wenn Aeltern und Kinder zusammen umgekommen sind, hilft das römische Recht durch die Präsumtion, daß die geschlechtsreifen Kinder die Aeltern überlebt haben, die nicht geschlechtsreifen vor ihnen gestorben seien[5]. Abgesehen von diesem Falle nimmt das römische Recht für zusammen Umgekommene Gleichzeitigkeit des Todes an[6].

---

Roth S. 162 fg., Seuff. Arch. I. 160, VII. 356, IX. 49. 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200. Die beiden zuletzt genannten Erkenntnisse sind aus der Zeit nach Erscheinen des Bruns'schen Aufsatzes; berücksichtigt ist derselbe nur im zweiten. An der Lebenspräsumtion halten fest die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 298, V. 31, IX. 310, XXII. 8. Ich halte das Argument, welches die Vertheidiger der Lebenspräsumtion aus der successio ex nunc ziehen, für nicht widerlegt. S. auch Stobbe S. 230 fg.

[3] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. IV. 27 (1821). Gaedke de iure commorientium (1830).

[4] L. 16—18 l. 9 §. 3 D. de reb. dub. 34. 5, l. 8 eod., l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 D. de mort. c. don. 39. 6, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1 (eine andere Auffassung in Betreff des in dieser letzteren Stelle behandelten Falles in l. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. vulg. 28. 6).

[5] L. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb, dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Blätter f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII S. 302 fg. Die Präsumtion gilt aber nicht unbedingt: l. 17 §. 7 D. ad SC. Treb. 36. 1 (l. 9 §. 2 D. de reb. dub. 34. 5). Mühlenbruch a. a. O. will sie auch bei anderen Personen anwenden. Diese Ansicht ist zu verwerfen, da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist. Aus demselben Grunde darf auch das Erforderniß des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, Umgekommenseins nicht nachgelassen werden. A. M. sind in dieser letzteren Beziehung (namentlich auch mit Berufung auf l. 11 pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, welche Stelle aber von unserer Präsumtion nicht spricht) Mühlenbruch a. a. O. S. 397—399, Kierulff S. 92, Böcking I §. 32 Note 11, Arndts §. 27 Anm. 1. Dawider Savigny II S. 22, Vangerow I §. 33 Anm. 2 und das Urtheil bei Seuff. Arch. II. 125.

## III. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheit der Menschen.

### Geschlecht, Alter, Gesundheit.

§. 54.

Die Verschiedenheit des Geschlechts begründet regelmäßig eine Verschiedenheit der privatrechtlichen Beurtheilung nicht[1]. Doch sind Weiber auf der einen Seite zu bestimmten Rechtsverhältnissen unfähig, wie z. B. zur Vormundschaft, auf der andern Seite werden sie in einigen Fällen milder beurtheilt, als die Männer, wie z. B. bei dem Eintreten in eine fremde Schuld[2]. Ein Zwittergeschlecht erkennt das römische Recht nicht an[2a].

Größere Bedeutung für die privatrechtliche Beurtheilung hat die Verschiedenheit des Alters. Namentlich kommt in Betracht das jugendliche Alter, weniger das Greisenalter[3], jenes hauptsächlich als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (§. 71). In dem jugendlichen Alter wird aber noch unterschieden: 1) die Zeit der Kindheit[4], d. h. bis zum vollendeten 7. Jahre[5]; 2) die Zeit der Geschlechtsunreife[6], welche nach der Annahme des

---

[6] S. die in den beiden vorigen Noten citirten Stellen, und vgl. II §. 429 Note 1 Num. 3. Savigny II S. 20.

§. 54. [1] Daher l. 195 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur". L. 1 eod. „Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur". Vgl. l. 52 eod. Daß nicht auch umgekehrt, wenn in gesetzlichen Bestimmungen vom weiblichen Geschlecht die Rede ist, die Bestimmung auf das männliche Geschlecht erstreckt werden darf, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil l. 45 pr. D. de leg. II° 31 von gesetzlichen Bestimmungen nicht spricht.

[2] Ein allgemeines Princip versucht aufzustellen l. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 9 D. de statu hom. 1. 5. — Das ältere römische Recht beschränkte die Frauen auch in der Handlungsfähigkeit (Ulp. XI. 27, Gai. I. 189—193), ebenso das ältere deutsche Recht. Von Letzterem hat sich in Deutschland particularrechtlich noch Einiges erhalten. Kraut Vormundschaft II S. 291 fg., Stobbe deutsch. Privatr. I S. 239. 240.

[2a] L. 10 D. de statu hom. 1. 5.

[3] Thibaut über die Senectus Arch. f. civ. Pr. VIII. 2 (1825).

[4] Infantia; infans, is qui fari non potest. Vgl. hierüber und über das Folgende Savigny III §. 107—111.

[5] L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, l. 1 §. 2 D. de adm. et per 26. 7.

[6] Impubertas—pubertas, impubes—pubes. Der impubes heißt info-

römischen Rechts beim männlichen Geschlecht mit dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Jahre aufhört[7]; 3) die Zeit der Minderjährigkeit[8], d. h. die Zeit bis zum vollendeten 25. Jahre[9]. Minderjährige können nach zurückgelegtem 20. bez. 18. Jahre durch den Regenten für volljährig erklärt werden, ohne jedoch dadurch in allen Beziehungen den Volljährigen gleichgestellt zu werden[10].

Was den Zustand der Gesundheit angeht, so ist von rechtlicher Bedeutung namentlich die Störung der geistigen Gesundheit, der Wahnsinn, hauptsächlich als Grund der Ausschließung der Handlungsfähigkeit. Die verschiedenen Formen des Wahnsinns[11] begründen eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht[12]. Dagegen ist von Wahnsinn die bloße Unentwickeltheit

---

fern er unter Vormundschaft steht pupillus (Mündel). Auch die Ausdrücke prima, secunda aetas kommen vor, z. B. l. 30 C. de ep. aud. 1. 4. In der deutschen Rechtssprache wird die pubertas gewöhnlich als Mündigkeit bezeichnet; mit Unrecht, denn es ist dieß „weder mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie unserer älteren Gesetze übereinstimmend". Kraut Vormundsch. I S. 155.

[7] Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, l. 3 C. quando tut. 5. 60. Das zurückgelegte 18. Jahr wird plena pubertas genannt in §. 4 I. de adopt. 1 11, l. 40 §. 1 D. eod. 1. 7; vgl. l. 14 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. Der Ausdruck proximus pubertati geht, wie der entsprechende proximus infantiae, auf eine bestimmte Altersstufe nicht.

[8] Minor—maior aetas; minores XXV annis—maiores XXV annis, aber auch, und zwar gewöhnlich, schlechthin minores—maiores. Die maior aetas heißt auch legitima aetas, z. B. in l. 5 C. quando dies 6. 58, weil die Festsetzung dieser Altersgrenze auf einer lex (Plaetoria) beruht. Im Deutschen wird der Gegensatz zur Minderjährigkeit durch die Ausdrücke: Großjährigkeit, Volljährigkeit bezeichnet.

[9] L. 1 D. de min. 4. 4.

[10] Der lateinische Ausdruck für Volljährigkeitserklärung ist venia aetatis. L. 2. 3 C. qui veniam 2. 45. Kraut Vormundschaft II S. 168—171, Stobbe deutsch. Privatrecht I S. 248—250. Vgl. II §. 442 Note 6.

[11] In den Quellen werden unterschieden der furiosus und der mente captus oder demens, l. 25 C. de nupt. 5. 4, l. 8 §. 1 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 D. de cur. fur. 27. 10, l. 28 C. de episc. aud. 1. 4, l. 28 §. 1 C. de admin. 5. 37.

[12] Für einen einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt in l. 25 C. de nupt. 5. 4. Deßwegen werden auch wohl die verschiedenen Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, z. B. l. 7 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10, l. 2 C. eod. 5. 70. Der den Quellen geläufigste Ausdruck ist der Ausdruck furiosus.

der geistigen Kräfte, die Geistesschwachheit, wohl zu unterscheiden[13].

## Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Hausunterthänigkeit.

### §. 55.

Was die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses angeht, so sind die Nachtheile, welche das römische Recht und übereinstimmend mit demselben die Gesetzgebung der deutschen Kaiser über Ketzer und Apostaten auch in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung verhängte[1], durch den westphälischen Frieden, die Bundesacte, und zuletzt durch das Gesetz des norddeutschen Bundes (jetzt Reichsgesetz) vom 5. Juli 1869, beseitigt worden[2]. Ebenso sind durch das letztgenannte Gesetz beseitigt worden die Beschränkungen, welchen die Juden nach der Gesetzgebung des früheren deutschen Reichs in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung bis dahin noch unterlagen[3]. Die Ungültigkeit der Ehe zwischen Juden und Christen, welche das römische Recht aus-

[13] Fatuus. L. 2 D. de post. 8. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 32. 5. In §. 4 I. de cur. 1. 23 wird derjenige, welcher in diesen Stellen fatuus heißt, mente captus genannt. Cic. Tusc. III. 5 bezeichnet den Zustand desselben als insania.

§. 55. [1] Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis. 1. 7 de apostatis. 1. 11 de paganis (et sacrificiis et templis). Auth. *Credentes* Frid. II. C. de haeret. 1. 5.

[2] Der Westphälische Frieden (I. P. O. art. V §. 35) und die deutsche Bundesakte (Art 16) haben nur den Bekennern der drei christlichen Religionsparteien den Genuß aller bürgerlichen Rechte gewährleistet. Die Anwendung der römischen Bestimmungen auf die anderen religiösen Bekenntnisse konnte auch schon vor dem im Text genannten Reichsgesetz als durch die Praxis beseitigt angesehen werden. Dieses Gesetz bestimmt: „Alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte werden hierdurch aufgehoben".

[3] R. A. 1551 §. 79 (Verschreibungen von Christen zu Gunsten von Juden sind nichtig ohne gerichtliche Aufnahme). R. R. A. 1551 §. 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 4 (Verbot der Cession der einem Juden gegen einen Christen zustehenden Forderung an einen Christen). R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 3 (Beschränkung der Beweiskraft der jüdischen Handelsbücher). Vgl. Stobbe deutsch. Privatr. §. 46 Nr. VI. VIII. IX. und unten II §. 312 Note 6, II §. 335 Note 21. Vgl. auch I §. 232 Note 11 a. E.

spricht[3a], gilt auch noch heutzutage gemeinrechtlich in Deutschland[4].[4a]

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der **Fremden**, welche sich im früheren römischen Rechte findet, hat bereits im Justinianischen fast alle Bedeutung verloren[5]. Aus dem heutigen gemeinen Recht Deutschlands ist sie ganz verschwunden[6].

Die weit gehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welcher die **Hauskinder** nach dem älteren römischen Rechte unterlagen, ist bereits im Justinianischen bis zur Unkenntlichkeit zusammengeschrumpft[7].[8]

Dagegen gilt noch im heutigen gemeinen Recht der auf

---

[3a] L. 6 C. de Iud. 1. 9.

[4] Walter Kirchenr. §. 300, Richter Kirchenr. §. 261.

[4a] Anwendbarkeit des jüdischen Rechts, auf Rechtsverhältnisse der Juden. Stobbe I S. 289—292. Seuff. Arch. XXIV. 3 und Citate das.

[5] Die römischen peregrini, welche Rechtsfähigkeit nur nach ius gentium, nicht nach ius civile hatten, gehörten einem fremden Volke, aber nicht nothwendigerweise einem fremden Staate an. Dem Justinianischen Rechte erscheint es als die entschiedene Regel, daß die Angehörigen des römischen Staates auch Angehörige des römischen Volkes seien, und der römische Staat reichte so weit, wie die civilisirte Welt.

[6] Bar das internationale Privat- und Strafrecht S. 64 fg. Stobbe deutsch. Privatr. §. 42. 43. — Das Institut des Abschosses und das Fremdlingsrecht sind nicht gemeinrechtlich, und wenig praktisch. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I §. 111, Beseler §. 65 Nr. III, Stobbe §. 43 Nr. III. 3. 4. — Verfassung des deutschen Reiches Art. 3.

[7] Hauskinder konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, erwarben sie nicht für sich, sondern für ihren Gewalthaber. Im Justinianischen Rechte ist davon übrig geblieben, daß sie nicht für sich erwerben, was aus dem Vermögen des Gewalthabers an sie gelangt; nun ist nicht mehr ihre Rechtsfähigkeit beschränkt, sondern in einer einzelnen Beziehung ihrer Erwerbfähigkeit. Außerdem ist ihre Dispositionsfähigkeit insofern beschränkt, als sie über gewisse Erwerbe kein Testament machen können. Ueber die Ansicht derer, welche auch für das ältere Recht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben wollen, s. Böcking I §. 45, v. Scheurl Beiträge I S. 234, Arndts §. 28 Anm. 3.

[8] Nach römischer Rechtsanschauung wurde durch den Verlust der Civität, des Hauses (der familia), und drittens der Freiheit eine juristische Umgestaltung der Persönlichkeit hervorgebracht. Dieselbe heißt capitis diminutio, und hatte selbständige (von dem Inhalt der Thatsachen, durch welche sie hervorgebracht wurde, unabhängige) Wirkungen. Für uns hat die Lehre von der capitis diminutio keine Bedeutung mehr; denn der Verlust der Freiheit ist bei uns nicht mehr möglich, Verlust der Staatsangehörigkeit privatrechtlich gleich-

dem römischen und canonischen Recht beruhende Satz, daß Klosterpersonen vermögensunfähig sind; was sie haben und erwerben, fällt an das Kloster[9].

## Die bürgerliche Ehre*.

### §. 56.

Das römische Recht kennt eine doppelte Art der Ehrenminderung.

1. Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung. Dieselbe hat Einfluß auch auf die privatrechtliche Behandlung des Menschen; jedoch ist dieser Einfluß nicht von umfassender Art[1].

2. Ehrenminderung kraft Rechtssatzes, unter dem technischen Namen infamia[2]. Ihre Quelle ist das prätorische Edict, an welches sich ergänzende kaiserliche Verordnungen angeschlossen

---

gültig, was aber die durch den Verlust des Hauses begründete capitis diminutio angeht, so sind, wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß wir heutzutage etwas der römischen familia Entsprechendes nicht haben, die Wirkungen derselben theils schon im Justinianischen, jedenfalls aber im heutigen Rechte beseitigt. (Der Verlust der Agnation ist nicht Wirkung der c. d., sondern das sie Begründende. Ueber den Untergang der Schulden s. §. 116 Note 2.) Vgl. über die c. d.: Savigny II §. 68—75 u. Beilage VI, Puchta Instit. II §. 220, Vangerow I §. 34, Böcking I §. 58, v. Scheurl Beiträge I. 9. — In früherer Zeit unterschied man: 1) status civiles a) libertatis b) civitatis c) familiae; 2) status naturales (sexus, aetatis etc.). Das Verwirrendste dabei war, daß man die römische familia mit der heutigen Familie indentificirte.

[9] Nov. 5 c. 5, c. 2. 6 X. de statu monach. 3. 35, Conc. Trid. Sess. XXV de regul. c. 2. Vgl. Roth bayrisch. Civilr. I S. 198 fg.

* Glück V S. 129—217. Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Savigny II §. 76—83 u. Beilage VII.

§. 56. [1] Die hauptsächlichste hierher gehörige Bestimmung ist, daß für Geschwister durch Vorziehung einer bescholtenen Person ein Recht zur Anfechtung des Testaments wegen Verletzung des Pflichttheils begründet wird. Außerdem kommt die Bescholtenheit namentlich auch da in Betracht, wo der Richter überhaupt auf eine freie Würdigung der Person angewiesen ist, z. B. bei der Bestellung eines Vormundes.

[2] Die nicht auf Rechtssatz beruhende Ehrenminderung hat keinen technischen Namen: sie wird ignominia, turpitudo, nota genannt. Die Neueren nennen sie infamia facti, und stellen ihr die auf Rechtssatz beruhende als infamia iuris entgegen.

haben[3]. Auch von dem canonischen Recht und der Reichsgesetzgebung wird sie noch anerkannt[4]. Wenn aber nach ihrer heutigen Anwendbarkeit gefragt wird, so ist vor allen Dingen festzuhalten, daß jede juristische Ehrenminderung ihre hauptsächliche Bedeutung in dem Einflusse auf die öffentliche Meinung hat, welchen der unmittelbare Ausspruch des Gesetzes über den moralischen Werth oder Unwerth eines Menschen bei regelmäßigen Verhältnissen auszuüben nie unterlassen wird. Diese Bedeutung kann der römischen Infamie heutzutage schon deßwegen nicht zukommen, weil die sie verhängenden Bestimmungen nur wenigen Gelehrten bekannt sind, nicht aber dem Volke. Fragt man also nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie, so ist der Sinn der Frage nicht der, ob auch heutzutage noch für ehrlos zu erachten sei, wer durch jene Bestimmungen für ehrlos erklärt wird, sondern, ob der durch sie für ehrlos Erklärte noch fortwährend den mit dieser Ehrloserklärung in Verbindung gebrachten Nachtheilen unterliege. Diese Frage aber ist für das, hier allein in Betracht kommende, Privatrecht müßig, da sich unter jenen Nachtheilen privatrechtliche bereits nach Justinianischem Rechte nicht mehr befinden[5]. Die Nachtheile, welche das einheimische

[3] L. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. 50. 13. „Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur". Das prätorische Edict in l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Vollständige Aufzählung der Gründe der Infamie bei Savigny §. 77, Puchta §. 120, Arndts §. 31 Anm. 1, Vangerow I §. 47 Anm., Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 45—61. Vgl. Karlowa zur Geschichte der Infamie, Zeitschr. f. RG. IX S. 204—241. Die Neueren unterscheiden infamia immediata, d. h. die unmittelbar in Folge einer gewissen Thatsache oder Lebensweise, und infamia mediata, d. h. die erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung eintretende Infamie.

[4] c. 2 C. 6 qu. 1. „Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant". Die N. O. von 1512 Tit. 1 §. 2 schließt vom Notariat aus die „ehrloß infames genannt". Andere Reichsgesetze führen die Ehrlosigkeit als Strafe gewisser Vergehen neu ein, so P. G. O. Art. 107. 122, R. A. 1551 §. 80, R. S. 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV S. 56. 72. 379), vgl. auch Auth. Frid. I. *Habita* C. ne filius pro patre 4. 13 und Auth. Frid. II. *Agricultores* C. quae res pignori 8. 17.

[5] Die an die infamia im Justinianischen Rechte angeknüpften Nachtheile

Recht an die Ehrlosigkeit anknüpft, beziehen sich auf einen Begriff der Ehrlosigkeit, für welchen die römische Lehre von der Infamie, wenn sie auch auf seine Entwickelung mit eingewirkt hat, nicht mehr maßgebend ist[6]. —

Ein neuer gemeinrechtlicher Begriff juristischer Ehrenminderung ist gegenwärtig geschaffen durch die Bestimmungen des

---

sind folgende. a) Der infamis wird zum postulare pro aliis nur in beschränktem Maße zugelassen, l. 1 §. 7. 8 D. de post. 3. 1, bestätigt durch das canonische Recht: c. 2 C. 3 qu. 7. Das postulare pro aliis bildet nach späterem römischen Recht den Inhalt eines Amtes, des Amtes des Advocaten. Auch heutzutage ist die Advocatur regelmäßig ein vom Staate übertragenes Amt. b) In gleicher Weise ist der infamis unfähig zur Proceßprocuratur. Auf diese Unfähigkeit konnte sich früher auch der Gegner berufen; Justinian hat das aufgehoben (§. 11 I. de exc. 4. 13), und wenn das canonische Recht jene Unfähigkeit wiederholt ausgesprochen hat (c. 2 C. 3 qu. 7), so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es in dieser Beziehung das römische Recht habe reformiren wollen, so daß sich auch aus ihm nur ein Remotionsrecht des Richters herleiten läßt. Auch die Proceßprocuratur ist übrigens heutzutage vielfach ein vom Staate übertragenes Amt. c) Ausschluß von dignitates und honores, welcher jedoch nicht bloß für infames, sondern für übelbeleumdete Personen überhaupt gilt, l. un. C. de infam. 10. 57, l. 8 C. de decur. 10. 31, l. 2 C. de dignit. 12. 1. Die N. O. Tit. 1 §. 2 hat hinzugefügt, daß den infames das Notariat nicht übertragen werden soll. Ueber die behauptete Unfähigkeit der infames zum Zeugniß s. Savigny II S. 222. — Hiernach reducirt sich die Frage, ob die Nachtheile der infamia heutzutage fortdauern auf die Fragen: ob die infamia Grund des Ausschlusses von einem öffentlichen Amte (mit Einschluß der Advocatur, Procuratur und des Notariats) ist, und: ob, wo Advocatur und Procuratur Amt nicht sind, der Richter befugt ist, den infamis von diesen Thätigkeiten auf eigene Hand zu removiren. Beides sind nicht privatrechtliche Fragen. Sollen sie übrigens beantwortet werden, so ist in Betreff der letzteren zu sagen, daß dem Richter das Recht der freien Cognition über die Zulassung von Personen, welche nicht in eigenem Namen vor ihm auftreten, überhaupt nicht bestritten werden darf, in Betreff der ersteren aber, daß der Ausschluß von öffentlichen Aemtern als Strafe gegenwärtig lediglich durch die §§. 31—36 des deutschen Strafgesetzbuchs bestimmt wird.

[6] Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie vgl. Savigny II §. 83, Puchta §. 120, Sintenis I S. 99, Arndts §. 33, Böcking Grundr. I §. 24. 32, Seuffert §. 49 Anm. 3, Gerber deutsch. Privatr. §. 39; Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 101, Beseler deutsch. Privatr. §. 62, Stobbe deutsch Privatr. I §. 48; Eichhorn Einleit. in das deutsch. Privatr. §. 87; Heffter Strafrecht §. 175; Marezoll a. a. O. S. 343 fg., Kierulff S. 101 fg., Vangerow I. §. 52 Anm.

deutschen Strafgesetzbuchs über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte[7].

## Verwandtschaft und Schwägerschaft*.

### §. 56a.

Ein Verhältniß der Person, welches im Rechte mannigfach in Betracht kommt, ist die Verwandtschaft[1]. Verwandt ist Jemand

---

[7] §. 32. „Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben der Gefängnißstrafe nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnißstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Die Dauer dieses Verlustes beträgt bei zeitiger Zuchthausstrafe mindestens zwei und höchstens zehn Jahre, bei Gefängnißstrafe mindestens ein Jahr und höchstens fünf Jahre."

§. 33. „Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurtheilten hervorgegangenen Rechte, ingleichen dauernden Verlust der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen."

§. 34. „Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urtheil bestimmten Zeit

1) die Landeskokarde zu tragen;
2) in das Deutsches Heer oder in die Kaiserliche Marine einzutreten;
3) öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen;
4) in öffentlichen Angelegenheiten zur stimmen, zu wählen, oder gewählt zu werden und andere politische Rechte auszuüben;
5) Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein;
6) Vormund, Nebenvormund, Curator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrathes zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath die Genehmigung ertheile."

Der Begriff der „öffentlichen Aemter" umfaßt nach §. 31 auch die Advocatur, die Anwaltschaft, das Notariat, so wie den Geschwornen- und Schöffendienst.

Nach diesem letzteren §. tritt übrigens die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlichen Aemter, sowie zum Dienste in dem Deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine in Folge einer Verurtheilung zur Zuchthausstrafe von Rechtswegen, d. h. auch ohne Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, ein.

* Glück XXIII S. 153 fg. Böcking I §. 49—56, Brinz §. 11—14 (2. Aufl. §. 36—41), Sintenis III §. 138.

mit denjenigen Personen, mit welchen er durch die Gemeinschaft des Blutes verbunden ist[2]; im Einzelnen: mit denjenigen, von welchen er abstammt, mit denjenigen, welche von ihm abstammen, endlich mit denjenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt. Diejenigen, von welchen er abstammt, sind seine Ascendenten, diejenigen, welche von ihm abstammen, seine Descendenten, diejenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt, seine Seitenverwandten. Die Verwandschaft der Ascendenten und der Descendenten bildet die Verwandtschaft in der geraden Linie[3]. Die Nähe der Verwandtschaft bestimmt sich nach Graden, d. h. durch die Anzahl der Zeugungen oder Geburten, welche zwischen den beiden betreffenden Personen liegen[4]. Die Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, d. h. zwei Personen können in mehrfacher Weise durch Zeugung oder Geburt unter einander oder jede mit einer dritten Person verbunden sein[5]. Die Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige oder halbbürtige, je nach dem das Verbindende ein Paar, oder nur Mann bez. Frau ist[6].

---

§. 56a [1] Cognatio, näher cognatio naturalis, im Gegensatz der cognatio civilis oder legitima, von welcher letzteren unten in diesem §. die Rede sein wird.

[2] Vgl. l. 1 §. 1 D. unde cogn. 38. 8.

[3] Die deutschen Ausdrücke geben unmittelbar wieder die quellenmäßigen lateinischen: ascendentes, descendentes, cognati qui a latere veniunt, cognatio in linea recta, cognatio quae ex transverso, a laterr numeratur, pr. I. de grad. cogn. 3. 6, l. 10 §. 9 D. de grad. 38. 10, l. 68 D. de R. N. 23. 2. Andere Bezeichnungen für die Ascendenten und Descendenten sind „parentes" und „liberi", vgl. l. 1 pr. D. de grad. 38. 10, l. 51. 220 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 4 §. 2 D. de in ius voc. 2. 4.

[4] L. 10 §. 9. 10 D. de grad. 38. 10. — Das canonische Recht hat ein anderes Princip der Zählung; es zählt nach Generationen. Zu einem abweichenden Resultate führt dieses Princip bloß bei der Seitenverwandtschaft; hier zählt das canonische Recht nur die eine Seite.

[5] Das Kind von Geschwisterkindern ist mit den Urgroßältern durch die väterliche, wie durch die mütterliche Linie verwandt; Kinder von zwei Brüdern, welche zwei Schwestern geheirathet haben, sind mit einander sowohl von der väterlichen als von der mütterlichen Seite verwandt. Ganz besondere Fälle der mehrfachen Verwandtschaft in l. 10 §. 14 D. de grad. 38. 10. Vgl. über die mehrfache Verwandtschaft Hugo civil. Magazin IV. 7. 16 (1812. 1813).

[6] Fratres, sorores ex utroque parente, ex uno parente coniuncti. Die Ausdrücke consanguinei und uterini bezeichnen Geschwister, welche den Vater bez. die Mutter gemein haben, ohne daß damit gleichzeitige Gemein-

— Eine Verwandtschaft kann auch in künstlicher Weise hervorgebracht werden', durch Annahme an Kindesstatt (Adoption); das Nähere hierüber in der Lehre von der Adoption[7].

Außer der hier dargestellten Verwandtschaft kennt das römische Recht noch eine ganz andere, unter dem Namen der Agnation. Dieselbe beruht nicht auf der Gemeinschaft des Blutes, sondern auf der Gemeinschaft des Hauses (der familia), näher der väterlichen Gewalt. Agnaten sind diejenigen, welche unter derselben väterlichen Gewalt stehen, oder stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Agnation kann nur durch Zeugung begründet werden, nicht durch Geburt; in ganz gleicher Weise aber wie durch Zeugung wird sie auch durch Adoption begründet; umgekehrt wird durch künstliche Beendigung der väterlichen Gewalt auch die durch Zeugung begründete Agnation aufgehoben[8]. Dieser Begriff der Agnation ist aber für das heutige römische Recht nur noch von verschwindender Bedeutung[9]. Der deutschrechtliche Begriff der Angnation ist ein ganz anderer; Agnation im deutschrechtlichen Sinne ist Blutsverwandtschaft durch Mannesstamm, und zwar mit Beschränkung auf die männlichen Verwandten. —

Neben der Verwandtschaft ist noch die Schwägerschaft zu nennen. Die Schwägerschaft setzt sich zusammen aus Verwandt-

---

schaft der Mutter bez. des Vaters geleugnet würde. Germani sind leibliche Geschwister, gleichgültig ob sie durch Vater und Mutter, oder nur durch eine dieser Personen verbunden sind. Ueber „das Verhältniß der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Verwandschaft" s. den Aufsatz von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841).

[7] S. II §. 524. Den adoptirten Kindern gegenüber heißen die leiblichen liberi naturales. — Als Ehehinderniß kommt auch das durch die Taufpathenschaft begründende Verhältniß (s. g. cognatio spiritualis) in Betracht, schon nach römischem Recht (l. 26 i. f. C. de nupt. 5. 4.), in noch umfassenderem Maße nach canonischem.

[8] Die Legaldefinition, daß agnati die cognati durch Mannesstamm seien (Gai. I. 156. III. 10, §. 1 I. de leg. agn. tut. 1. 15, §. 1. I. de leg. agn. succ. 3. 2), ist zu eng und zu weit. Den letzten Fehler vermeidet Ulp. XI. 4. XXVI. 1, indem er hinzusetzt „eiusdem familiae".

[9] Daß er im Justinianischen Rechte seine Bedeutung ganz verloren habe, darf nicht behauptet werden, s. II §. 524 Note 6, III §. 631 Note 14, und vgl. v. Buchholtz Abhandlungen S. 96—105.

schaft und Ehe; verschwägert ist Jemand mit den Verwandten seines Ehegatten, und mit den Ehegatten seiner Verwandten[10].

## §. 56b.

Unter den Thatsachen, auf welchen die Verwandtschaft beruht, ist eine, deren Beweis nicht bloß schwierig, sondern geradezu unmöglich ist; dieß ist die Zeugung. Für Kinder aber, welche in einer Ehe concipirt sind, ersetzt das Recht diesen Beweis durch eine Präsumtion, die Präsumtion, daß das Kind von dem Ehemanne der Mutter erzeugt sei[1], wobei jedoch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist[2]. Die Zeit der Conception wird durch Zurückrechnung von der Zeit der Geburt gefunden, und zwar ist die juristische Regel die, das wenigstens 182 Tage zurückgerechnet werden müssen, und höchstens 10 Monate zurückgerechnet werden dürfen[3]. — Für Kinder, welche nicht in einer Ehe

---

[10] L. 4 §. 3 D. de grad. 38. 10. Die Sprache des Lebens bezeichnet die Schwägerschaft theilweise als Stiefverwandtschaft. — Auch die Ehegatten selbst werden affines genannt, ja selbst auf die Brautleute wird diese Bezeichnung ausgedehnt. Vat. Fr. 218. 302, l. 8 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 15 C. de don. a. n. 5. 3, l. 5 C. de her. inst. 6. 24. Vgl. W. Sell Arch. f. civ. Pr. XXII. 9 (1839).

§. 56a. [1] — „pater . . is est, quem nuptiae demonstrant", l. 5 D. de in ius voc. 2. 4.

[2] Dieser Beweis muß auf die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann gerichtet werden; er kann nicht etwa dadurch erbracht werden, daß nachgewiesen wird, daß die Ehefrau auch mit einem anderen Manne geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L. 11 §. 9 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 29 §. 1 D. de prob. 22. 3, l. 6 D. de his qui sui 1. 6. Seuff. Arch. I. 162, II. 254, VIII. 229, X. 267, XII. 36, XIX. 9, XXIV. 207; II. 186, V. 176, XX. 198. S. auch Note 3 in der Mitte.

[3] L. 12 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 §. 11. 12 D. de suis 38. 16. Die Frist von 182 Tagen beruht auf l. 3 §. 12 cit., während l. 12 cit. sagt, daß ein im 7. Monate der Ehe, also am 181. Tage, geborenes Kind, ein eheliches sei. Man ist darüber einverstanden, daß Letzteres nur ein ungenauer Ausdruck ist (vgl. Savigny IV §. 181. h, Böcking I §. 121 Note 18). Auch die Praxis hält constant an der Frist von 182 Tagen fest. Vgl. Seuff. Arch. I. 161. 163, II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10. 11. XII. 36, XIII. 123, XV. 98. — Ueber die Berechnung der Frist s. Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXX. 17. 18, XXXVI. 24; Seuff. Arch. V. 175, XII. 36. — Darf aus dem Grade der Reife des Kindes ein Gegengrund gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel hergenommen werden? Nein: Seuff. Arch. I.

concipirt worden sind, bleibt es dabei, daß sie die Erzeugung durch einen bestimmten Mann nicht nachweisen können; sie haben daher keinen Vater und keine väterliche Verwandtschaft[4]. Jedoch ist zu bemerken, daß nach der Vorschrift des canonischen Rechts die Ungültigkeit der Ehe den Kindern nicht schadet, wenn die Ungültigkeit den Ehegatten oder wenigstens einem derselben unbekannt war[5]. Eine Mutter und mütterliche Verwandschaft haben uneheliche Kinder, wie eheliche[6], und durch Legitimation können sie auch einen Vater und väterliche Verwandtschaft gewinnen[7].

---

I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 70 (Seuff. Arch. XXI. 199), Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 77; ja: Seuff. Arch. VI. 210 a. E., XI. 11, XII. 161, XX. 9, XXI. 8. 9, vgl. auch IX. 24, XXV. 250. S. über diese Frage auch Wächter de partu vivo non vitali (§. 52 Note 8) §. 5—8. Stintzing Jahrb. f. Dogm. IX. 5 (1868) will jetzt unterscheiden: bei den nach Auflösung der Ehe geborenen Kindern soll Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein, nicht bei den während der Ehe nach dem 181. Tage geborenen. Dieser Schriftsteller nimmt aber ferner an, daß ein während der Ehe vor dem 182. Tage geborenes lebensfähiges Kind nicht nothwendiger Weise ein uneheliches sei, hier jedoch soll wieder Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sein. Die Grundlage der Argumentation Stintzing's bildet die Abweisung des Schlusses a contrario aus den gesetzlichen Bestimmungen; es heiße, daß ein nach dem 10. Monate nach Auflösung der Ehe geborenes Kind nicht vom Ehemanne erzeugt sein könne, aber nicht, daß ein vorher geborenes von ihm erzeugt sei; es heiße, daß ein am 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes vom Ehemanne erzeugt sei, aber nicht, daß ein früher geborenes nicht von ihm erzeugt sein könne. Die erste Auslegung halte ich für bedenklich, die zweite für mehr als bedenklich. — Vgl. noch II §. 475 Note 17.

[4] §. 12 I. de nupt. 1. 10, l. 23 D. de statu hom. 1. 5.

[5] Man spricht in diesem Falle von einer putativen Ehe. C. 2. 8. 14. 15 X. qui filii sint leg. 4. 17.

[6] L. 4 §. 3 l. 5 D. de in ius voc. 2. 4, l. 4 D. unde cogn. 38. 8, l. 4 §. 2 D. de grad. 38. 10.

[7] Das Nähere über die Legitimation im Familienrechte (II §. 522). — Der Legitimation steht die bloße Anerkennung nicht gleich (vgl. Bähr Anerkennung S. 186 fg.; a. M. ohne genügenden Beweis Unger Jahrb. f. Dogm. VIII S. 184, vgl. II §. 522 Note 7), obgleich sie für das Verhältniß des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung ist. Das spätere römische Recht behandelt nämlich die von einem Manne im Concubinate erzeugten Kinder (liberi naturales in diesem Sinne, vgl. §. 56a Note 7) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder; dieß hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. — Uebrigens

# IV. Die juristische Person*.

## A. Begriff und Arten.

### §. 57.

Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird (§. 49).

Nicht alle Rechtsverhältnisse können mit einer juristischen Person als ihrem Subjecte in Verbindung gebracht werden. Es ist das nicht möglich bei denjenigen, welche eine menschliche Existenz zur Grundlage haben, d. h. bei den Familienverhältnissen. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf das Vermögensrecht beschränkt[1].

Als juristische Personen kommen in unserem Rechte folgende vor.

1. Mehrheiten von physischen Personen. Wie Sachen und Rechte (§. 42 Note 2), so können auch Personen in der Weise zusammengefaßt werden, daß sie in ihrer Zusammenfassung als eine neue, von den einzelnen zusammengefaßten Personen ver-

---

erfordet die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht, daß das uneheliche Kind zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits geboren war. Daher ist jedes in der Ehe, gleichgültig binnen welcher Frist nach Eingehung derselben, geborene Kind ein eheliches, wenn es nur vom Ehemanne anerkannt ist. L. 11 C. de lib. nat. 5. 17, Nov. 89 c. 8 §. 1. Seuff. Arch. I. 163, XI. 10, XXI. 200, XXII. 287. 288.

* Savigny II §. 85—102. Puchta Rechtslexicon III S. 65 fg. (kleine Schriften Nr. 28) (1840). Pfeifer die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. R. (1847). Brinz Lehrbuch der Pandekten S. 979—1150 (1868) und zweite Aufl. S. 194—208 (1873). Böcking I. §. 62—66, Unger I §. 42—44, Sintenis I. §. 15. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 66—72, Bluntschli §. 33—45, Gerber §. 49—57, Stobbe I §. 49—62. Roth bayrisches Civilrecht I §. 32—47.

§. 57. [1] D. h. die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, welche hier allein in Betracht kommt. Juristische Personen können aber auch Träger von Gewalten und Befugnissen sein, welche dem öffentlichen Recht angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der juristischen Person nicht minder wichtig als für das Privatrecht. — Injurien gegen eine juristische Person? Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 33.

schiedene und ihnen gegenüber selbständige Existenz, als ein Personenganzes (Personengesammtheit)[2], erscheinen. Regelmäßig ist die zusammengefaßte Mehrheit eine zugleich gleichzeitige und successive, so namentlich wenn Personen-Vereinigungen zu juristischen Personen zusammengefaßt werden, wobei dann die Vereinigung noch entweder ein mehr natürliches Dasein haben kann, oder mehr ein auf menschlicher Willkür beruhendes[2a]. Wesentlich ist es jedoch nicht, daß die zusammengefaßte Mehrheit zugleich eine gleichzeitige sei; auch eine nur successive Mehrheit kann als juristische Person gedacht werden, so z. B. die Gesammtheit der successiven Inhaber eines Amtes[3]. Die heutzutage ge-

---

[2] Als eine universitas. Es ist eine Eigenthümlichkeit aller universitates, daß ihre Identität von dem Wechsel ihrer Theile unabhängig ist. L. 7 §. 2 D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4. „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. *iidem*) maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint".. L. 76 D. de iud. 5. 1.

[2a] Beispiele: Gemeinden; Zünfte; Gesellschaften zu gemeinnützigen wissenschaftlichen, künstlerischen, Handels-, Industrie- rc. Zwecken. Daß die Vereinigung auf die Dauer berechnet und das Eintreten neuer Mitglieder vorgesehen sei, ist nicht nothwendig. Stobbe I §. 51 Note 1. Vgl. überhaupt: Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht 1. Band: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. 1868. 2. Band: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs. 1873. — Ueber die römische societas publicanorum vgl. Schmidt Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 166—183, Roesler Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 274—300, Salkowski (§. 58 Note 3) S. 29—45, Kuntze krit. VJSchr. VI S. 60. 61, Brinz S. 1009 fg., Pernice Labeo S. 295 fg., M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 155 fg. (1873).

[3] Wenn Jemand ein Vermögensstück in der Weise aussetzt, daß der Genuß desselben den successiven Inhabern eines Amtes zu Gute kommen soll, so ist das Subject dieses Vermögensstückes nicht der jedesmalige einzelne Beamte, welcher es genießt, sondern die ideale Einheit aller Beamten, wenn man nicht, was allerdings auch möglich ist, den Gesichtspunkt der Stiftung will eintreten lassen (s. diesen §. a. E.). Natürlich ist es nicht anders, wenn das Amt von einer gleichzeitigen Mehrheit von Personen verwaltet wird. Dieß darf man nun freilich nicht so ausdrücken: auch die Aemter seien zu den juristischen Personen zu rechnen. Man würde dadurch die Vorstellung erwecken, daß es möglich sei, Vermögen mit einem Amte als seinem Subjecte in der Weise in Verbindung zu bringen, daß es zu dem Zwecken dieses Amtes verwendet werden müßte. Das Subject eines mit dieser letzteren Bestimmung ausgesetzten Vermögensstückes würde nicht das Amt sein, sondern der Staat, welchem gegenüber das einzelne Amt keine selbständige Existenz hat. — Zum

bräuchliche Bezeichnung für eine solche aus einer Mehrheit von physischen Personen bestehende juristische Person ist Corporation[4]; doch wird dieser Ausdruck nicht gerne da gebraucht, wo die Mehrheit der zusammengefaßten Personen nur eine successive ist[4a].

2. Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen u. s. w.[5]. Hierher gehört es auch, wenn von einer Kirche als Vermögenssubject gesprochen wird; unter Kirche wird hier eine zur Verfol-

---

Beweise des eben Gesagten darf man sich allerdings nicht auf l. 25 D. ad mun. 50. 1, und noch viel weniger auf l. 9 §. 8 D. de admin. rer. 50. 8 und l. 56 D. de leg II° 31, berufen. Vergleiche über diese Frage Heise Grundriß S. 25, Böcking I. S. 233. 234, Seuffert §. 54; und auf der andern Seite Kierulff S. 130, Savigny II S. 237. 376. 379, Puchta §. 27. 1, Sintenis I §. 15 Note 7, Vangerow I S. 93, Unger I S. 325—327, Stobbe I S. 321. Seuff. Arch. XXII. 211. 266, XXIV. 106.

[4] Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi tit. II (a. 465); von corporati ist die Rede in l. 5 D. de commerc. 4. 63, rubr. und l. un. C. de priv. corporat. 11. 14. Der dem klassischen Sprachgebrauch angehörige Ausdruck corpus, welcher an und für sich ebenso allgemein ist, wie universitas, scheint nur auf die Corporationen, welche eine mehr willkürliche Existenz haben, also nicht auf die Gemeinden, bezogen zu werden. Ein entsprechender Ausdruck ist der Ausdruck collegium. Savigny II S. 260. 261. Abweichende Ansichten über den Sinn der römischen Bezeichnungen entwickelt M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 4 fg. — Von den Corporationen handelt Pfeifer §. 12—41.

[4a] Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 1009 fg., aber auch 2. Aufl. S. 136, Stobbe I §. 51 Note 2.

[5] In den Quellen des römischen Rechts werden nur Anstalten zu frommen Zwecken genannt (vgl. l. 23 C. de ss. eccl 1. 2, l. 35. 46 C. de ep. et cler. 1. 3); daher der Ausdruck der Neueren pium corpus (die ältere Doctrin identificirte die Begriffe der juristischen Person und der Corporation, Glück II S. 162, Höpfner Comment. zu den Instit. S. 82, vgl. Roth in Jahrb. f. Dogm. I S. 189), oder pia causa. — Es ist, auch für das heutige Recht oder wenigstens für das römische und canonische, die juristische Persönlichkeit der piae causae ganz geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, das wahre Subject des ihnen zugewendeten Vermögens sei die betreffende Kirche oder weltliche Gemeinde. Roßhirt Arch. f. civ. Pr. X S. 321—325 (1827), Fritz Erläuter. I S. 153, vgl. Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 190—201. Diese Ansicht „beruht auf einer Verwechselung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage", Puchta §. 27. k; vgl. außerdem Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XL S. 79 fg., Kierulff S. 148—150, Savigny II S. 271, Vangerow I §. 60 Anm.

gung eines religiösen Zweckes errichtete Anstalt verstanden. Andererseits freilich kann als Subject des Kirchenvermögens auch die Kirchengemeinde, also eine Corporation, gedacht werden[6].

3. Vermögensinbegriffe. Als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten wird das Vermögen selbst gedacht, zu welchem sie gehören. Dieß ist z. B. der Fall bei der ruhenden Erbschaft (§. 49 zu Note 2). Es ist aber ferner auch der Fall beim Fiscus; denn Fiscus bedeutet seiner Wortbedeutung nach die Staatskasse[7]. Indem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesammtheit der zum Staate vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen. Derselbe Gesichtspunkt liegt endlich auch zu Grunde, wenn von Stiftungen als juristischen Personen geredet wird. Denn unter Stiftung läßt sich nur verstehen das zu einem bestimmten Zweck gestiftete Vermögen. Wenn die Verfolgung des Stiftungszweckes sich in einer Anstalt verkörpert — was nicht nöthig ist[8] — so concurrirt mit der Personificirung des Vermögens die Personificirung der Anstalt[9].

Aus dem Gesagten ergibt sich der wichtige Satz, daß eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt der Staat oder der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich; man meint dieselbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt. Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein. Vielmehr wird, wenn auf das Wesen gesehen wird, folgendermaßen zu unterscheiden sein. Es handelt sich von einem Vermögen,

1) welches bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen Zweckes verwendet zu werden. Dieser Zweck kann ein gemeinnütziger sein, wie bei dem Fiscus, den Gemeinden, gemeinnützigen Anstalten

---

[6] Savigny II S. 265—267, Brinz S. 1019 fg. 1051 fg.

[7] Savigny II S. 272—274.

[8] Z. B. bei der Familienstiftung. Es soll der Genuß eines Vermögens den Gliedern einer Familie nach einer gewissen näheren Bestimmung zu Gute kommen.

[9] Von Stiftungen handelt Pfeifer §. 42—48, ferner Roth Jahrb. f. Dogm. I. 4 (1857).

und Vereinigungen, er kann aber auch auf den Vortheil (Vermögens- oder sonstigen Vortheil) der die juristische Person bildenden Individuen gerichtet sein, so bei den Actienvereinen, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Vereinen zu geselligen Zwecken rc. rc. —Oder es handelt sich von einem Vermögen,

2) welches zum Genusse[10] gewisser Personen bestimmt ist, so bei den Familienstiftungen[11], Stipendienstiftungen, der deutschen Realgemeinde, oder endlich

3) von einem Vermögen, welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt ist, welches aber von dieser Person noch nicht erworben ist, wie bei der ruhenden Erbschaft[12].

---

[10] Welches zum Genusse gewisser Personen bestimmt ist. Dieß setzt voraus, daß nicht nur die Einzelnen, welche zum Genusse gelangen, nicht über die Substanz des Vermögens verfügen können, sondern das Vermögen auch im Uebrigen in seinem rechtlichen Bestande von den Ereignissen, welche den jeweiligen Inhaber betreffen, unabhängig ist. Ist dies nicht der Fall, so ist kein Grund vorhanden, ein anderes Subject des Vermögens anzunehmen, als den jeweiligen Inhaber des Vermögens. — Der hier aufgestellte Gesichtspunkt ist auch entscheidend für die Streitfrage, ob als Subject der Grunddienstbarkeit der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, oder das Grundstück selbst anzusehen, letzteres also als juristische Person zu denken sei. Man muß sich für die erstere Alternative entschieden, weil jeder Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit ganz in derselben Weise hat, als wenn vor und nach ihm kein Anderer stünde, was sich namentlich auch im Falle der Confusion zeigte. Vgl. über diese Streitfrage Heise Grundr. S. 25, Böcking I S. 231. II S. 212; Savigny II S. 379. 380, Puchta §. 27. l. a. E., Vangerow I §. 53 Anm., Sintenis I §. 15 Note 10, Arndts §. 41 Anm. 5, Kuntze Heid. krit. Zeitschr. I S. 548 fg., Elvers die römische Servitutenlehre S. 93 fg. Arndts macht gegenüber der Ausdrucksweise der Quellen: praedio servitus debetur und Aehnlichem darauf aufmerksam, daß es auch heißt: pecori debetur appulsus" (l. 1 §. 18 D. de aqua 43. 20) und: ager itineri servit", l. 13 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3). Man kann auch den servus poenae hinzufügen. Vgl. auch noch §. 201 Note 6 und Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 130. — Uebrigens liegt auf der Hand, daß man auch von dem zum Genusse gewisser Personen bestimmten Vermögen sagen kann, es diene einem Zwecke. In diesem Sinne ist bei der Darstellung in §. 49 zwischen Nr. 1 und Nr. 2 nicht entschieden worden.

[11] Pözl Zeitschr. f. deutsches R. XVI. 7 (1856). Gerber Jahrb. f. Dogm. II. 7 (1858). Brinz S. 1022 fg., Stobbe I S. 321 fg.

[12] Bei der ruhenden Erbschaft paßt nicht die besondere Kategorie des Zweckes, sondern nur die allgemeinere der Bestimmung. Vgl. übrigens Brinz S. 1001, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 95.

## B. Rechtsverhältniß.

### 1. Die juristische Person als Rechtssubject.

### §. 58.

Juristische Personen können Subjecte von (Vermögens-) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden, wie natürliche. Daraus folgt jedoch nicht, daß die juristischen Personen in allen Stücken den natürlichen Personen ganz gleich behandelt werden müßten. Wie sich bei ihnen vielfach Privilegien geltend machen, namentlich beim Fiscus[1], so sind sie auf der andern Seite auch wohl ungünstiger gestellt, als die natürlichen Personen[2].

Das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten ist die juristische Person als solche[2a], nicht also bei der Stiftung etwa die Einzelnen, denen das Stiftungsvermögen schließlich zu Gute kommt, und namentlich bei der Corporation nicht die Mitglieder derselben[3].

---

[1] Eine Zusammenstellung von Privilegien juristischer Personen bei Sintenis I §. 15 Note 48, Brinz §. 242. In Betreff des Fiscus speciell s. Holzschuher I. §. 32 Nr. 2. Die Privilegien der piae causae (Brinz S. 1133 fg., Stobbe S. 423 fg.) dürfen auf bloß gemeinnützige Anstalten und Stiftungen nicht erstreckt worden. Ueber den Umfang des Begriffs der pia causa s. Brinz S. 1051. §. 58.

[2] So können collegia, wenigstens nach römischem Recht, nicht zu Erben eingesetzt werden, l. 8 C. de her. inst. 6. 24. Persönliche Dienstbarkeiten, welche an und für sich ein physisch existirendes Subject voraussetzen, sind den übrigen juristischen Personen auf künstlichem Wege zugänglich gemacht worden, nicht so auch der ruhenden Erbschaft, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Ueber die ruhende Erbschaft s. ferner noch III §. 531 Note 10. Die vielbesprochene l. 10 de I. F. 49. 14 sagt: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit", was jetzt Böcking (I §. 65 Note 9 u. §. 96 Note 21) nur von der Auslegung der Privilegien des Fiscus verstanden wissen will. Vgl. Brinz S. 1136. Seuff. Arch. XXIV. 9.

[2a] In Betreff des Fiscus ist zu bemerken, daß nicht etwa die verschiedenen fiscalischen Kassen als selbständige juristische Personen aufgefaßt werden dürfen, l. 2 C. de sol. 8. 43, l. 1 C. ne fisc. rem 10. 5. Die l. 1 C. de comp. 4. 31, welche die Compensation mit einer Forderung verbietet, welche dem fiscalischen Schuldner gegen eine andere fiscalische Kasse zusteht, beruht auf administrativen Rücksichten. Vgl. Keller S. 66—68.

[3] L. 7 §. 1 quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent". Vgl. l. 6 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 1 §. 7 D. de quaest. 48. 18, l. 10 §. 4 D. de in ius voc. 2. 4, l. 18 C. Th. de naviculariis 13. 5. Wenn mehrere Per-

Von der anderen Seite ist es mit dem Begriffe der juristischen Person wohl verträglich, daß den Mitgliedern einer Corporation an dem Corporationsvermögen Rechte zustehen, z. B. an den Sachen der Corporation Dienstbarkeiten oder andere Genußrechte; es ist das ganz in derselben Weise zulässig, wie es zulässig ist, daß ein Mensch an dem Vermögen eines anderen Menschen Recht habe[4]. Auch das thut dem Begriffe der juristischen Person keinen Eintrag, daß das Vermögen der Corporation lediglich dazu da ist, um von den Mitgliedern der Corporation nach Maßgabe der ihnen an demselben zustehenden Rechte genossen zu werden,

sonen als solche an einem Rechtsverhältniß betheiligt sind, so spricht man von einer communio, und wo die Gemeinschaft durch Vertrag begründet ist, von einer societas. In nicht technischem Sinne wird jedoch der Ausdruck societas, ganz wie der entsprechende deutsche Ausdruck Gesellschaft, auch zur Bezeichnung eigentlicher juristischer Personen gebraucht, l. 1 pr. §. 1 D. quod cui. nn. 3. 4, l. 4 §. 3 D. de B. P. 37. 1, l. 31 §. 1 D. de furtis 47. 2, — societas publicanorum, Actiengesellschaft. — Salkowski Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen (1863) sucht auszuführen, daß allerdings die einzelnen Corporationsglieder das Rechtssubject seien, aber nur in ihrer Eigenschaft als Corporationsglieder, so daß freilich für den äußeren praktischen Erfolg die Corporation, d. h. die gedachte Einheit der Corporationsglieder, als Rechtssubject erscheine. Aber ich kann in dem Satze: das Rechtssubject sind die Corporationsglieder in dieser ihrer Eigenschaft, nichts entdecken, als einen anderen Ausdruck des Satzes, daß Rechtssubject sind die die Corporation bildenden Menschen, gedacht als etwas, was sie nicht sind, als ihre Einheit. Aehnlich wie Salkowski, Baron die Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Recht (1863) §. 1. · S. dawider Laband Zeitschr. f. Handelsr. VII S. 181—184. Witte das. VIII S. 10. 11, A. Pernice krit. VJSchr. VII S. 107. Ueber die Auffassung, nach welcher die Persönlichkeit der Corporation aus Theilen der Persönlichkeit ihrer Glieder gebildet ist (Zitelmann und Gierke) s. §. 49 Note 8. Vgl. übrigens auch §. 59 Note 3a. — Einem andern Gedankenzusammenhang gehört die Auffassung von Jhering Geist des röm. Rechts III S. 216 fg. 341 fg. (2. Ausg.) an. Dieser Schriftsteller erklärt die Corporationsglieder deswegen für die „wahren" Rechtssubjecte, weil für sie der Genuß der Coporationsrechte bestimmt sei (vgl. §. 49 Note 1); nur die Rücksicht auf die „Practibilität der Klage" bringe es mit sich, „daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die zur künstlichen persönlichen Einheit erhobene Gesammtheit derselben die gemeinschaftlichen Interessen verfolgen darf".

[4] Vgl. R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 160 fg., Unger krit. Uebersch. VI S. 171—176. Von einer Obligation der Corporation gegen ihre Mitglieder spricht l. 1 §. 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, von einem Processe zwischen beiden l. 9 D. quod cui. un. 3. 4.

wie z. B. bei der deutschen Real- oder Nutzungsgemeinde[4a]; selbst das nicht, daß das Vermögen der Corporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Werthe nach vertheilt ist, wie bei der modernen Actiengesellschaft. Es liegen in diesem Falle besonders geeigenschaftete Corporationen vor, aber der Begriff der Corporation (juristischen Person) ist nicht alterirt[5].

---

[4a] Vgl. Stobbe I S. 365 fg.; Brinz S. 1032 fg.

[5] Es sind noch immer nicht die Einzelnen Vermögenssubjecte, sondern Vermögenssubject ist etwas Anders, als sie sind, ihre gedachte Einheit — wenn man nicht sagen will, was auf dasselbe hinauskommt, daß das Vermögen als subjectloses bestehe. Dieß ist selbst in dem Falle wahr, wo das Corporationsvermögen von den Nutzungsrechten der Mitglieder ganz absorbirt wird; man wird nie z. B. das Eigenthumsrecht durch Zusammenrechnung der einzelnen Befugnisse, welche es gewährt, darstellen können, eben weil es etwas Anderes ist, als die Summe, das Aggregat, dieser Befugnisse (§. 167, §. 169a Note 8). Vgl. Seuff. Archiv. XIII. 124. In dem Falle, wo ein Vermögen zwischen mehreren Personen seinem Werthe nach vertheilt ist, wird man unterscheiden müssen. Ist, wie bei der Actiengesellschaft, der Antheil eines Jeden in Geld ausgedrückt, so versteht es sich von selbst, daß die Einzelnen an dem Vermögen selbst keinen Antheil haben; denn dieses Vermögen (die Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen es besteht) ist etwas Anderes, als Geld. Die Einzelnen haben gegen das wahre Vermögenssubject (die Actiengesellschaft) Forderungsrechte (so auch H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 17 fg. und die das. Genannten, Anschütz Commentar zum HGB. II S. 495, Stobbe I S. 392, Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 65 Anm. 78, v. Sicherer die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland S. 119 fg., während Kuntze Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 28. 225. 235. krit. VJSchr. VI S. 78 dem Actionär ein „ius in bonis" zuschreibt, und Renaud Recht Actiengesellschaft S. 73 fg. das Recht des Actionärs für eine Eigenschaft der Person erklärt). Sind dagegen die Antheile der Genossen als Bruchtheile des Vermögen selbst ausgedrückt, so liegt eine wahre Gemeinschaft vor. Jedoch wird man auch in diesem letzteren Falle zusehen müssen, ob nicht dennoch als eigentlicher Gegenstand des Antheils nicht sowohl das Vermögen selbst, als vielmehr sein Geldwerth zu denken sei, wie das z. B. bei den Gewerkschaften zum gemeinschaftlichen Betriebe des Bergbaues vorkommt (vgl. Stobbe I §. 59). — Die Meinung, daß in diesen (wie in andern) Fällen eine Vermittelung zwischen dem Recht der universitas und dem Recht der communio, eine Verbindung des Einheits- und Vielheitsrechts vorliege, ist namentlich von Beseler vertreten worden (Erbverträge I S. 73—88 [1835]. Volksrecht und Juristenrecht Kap. VI [1843]. deutsch. Privatr. §. 68. 71. 83); s. außerdem Bluntschli Staats- u. RGesch. v. Zürich I S. 82 u. deutsch. Privatr. §. 33. 38. 39, Weiske pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R. III S. 144 fg.,

## 2. Handlungen der juristischen Person.

### §. 59.

Von Handlungen kann bei einer juristischen Person, da sie kein Mensch ist, an und für sich nicht die Rede sein[1]. Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, daß das Recht den Hand-

---

Gierke Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (Berlin 1873) S. 906 fg. 924 fg., und dagegen Thöl Volksr. ꝛc. S. 18—62, R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 8 (1853), Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 7 (1855), Unger krit. Ueberschau VI S. 171 fg., Stobbe I S. 336 und die von diesem Citirten. Entschiedener noch aber als dieser Ansicht ist derjenigen entgegenzutreten, welche den Actiengesellschaften, so wie den sonstigen heut zu Tage so häufigen Vereinigungen zu privaten und öffentlichen Zwecken, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Clubs, Missionsvereinen ꝛc. mit dem, nur durch Vertrag (bloß in Betreff des Ausschlusses der Theilungsklage wird ein abänderndes Gewohnheitsrecht angenommen) modificirten Recht der societas glaubt gerecht werden zu können, über welche Ansicht zu vergleichen ist Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII S. 202—205, Thöl Handelsr. I §. 44—47, R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 184 fg., Randa Arch. f. Wechselr. XV S. 33, Brinz S. 1039 fg., Stobbe I §. 61; dagegen Schüler in Jur. Abhandl. u. Rechtsfälle von Ortloff ꝛc. I S. 246 fg., Unger österreich. Pr. R. I S. 330. 331 u. krit. Ueberschau VI S. 181 fg., Renaud das Recht der Actiengesellschaften S. 102 fg., Kuntze krit. VJSchr. VI S. 64—66, H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 2. 3, Stobbe I §. 58, v. Sicherer in der am Schlusse dieser Note citirten Schrift S. 32 fg. Seuff. Arch. VI. 2, XX. 200. 201, XXI. 96, XXIII. 206, XXVI. 257, XXVII. 5. Ueber den von Anderen aufgestellten Begriff von s. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit (Gesellschaft nach innen, juristische Person nach außen) s. Unger krit. Ueberschau VI S. 180. 181, Renaud a. a. O. S. 115 fg.; der Gedanke ist neuerlich wieder aufgenommen worden von Salkowski in der §. 58 Note 3 citirten Schrift und von Gerber deutsch. Privatr. §. 198 seit der 8. Aufl., vgl. Kuntze a. a. O. S. 66. 67; ähnlich auch Bekker Zeitsch. f. Handelsr. IV S. 557 fg. (nur daß dieser Schriftsteller statt von „juristischer Person" von „Zweckvermögen" redet), vgl. jetzt dens. Jahrb. f. Dogm. XII S. 89. 97, und s. auch Jhering Geist d. röm. R. III S. 216 fg. 341 fg. (§. 58 Note 3). Ueber die Actiengesellschaften im Besonderen ist die neueste und umfassendste Schrift die oben citirte von Renaud (1863); dazu Kuntze krit. VJSchr. VI S. 53 fg. und H. Witte Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 1 fg. (welche beide letzteren Schriftsteller die Actienvereine zwar zu den juristischen Personen, aber nicht zu den Corporationen rechnen); s. ferner die Aufsätze von Treitschke Zeitschr. f. deutsch. R. V. 11, Jolly das. XI. 10, Reyscher das. XIII. 11, Fick Zeitschr. f. Handelsr. V. 1. Stobbe §. 58. HGB. Art. 173. 249. Norddeutsches Bundes- (jetzt Reichs-) Gesetz von 11. Juni 1870. — Ueber die „Erwerbs- und Wirthschafts-

lungen gewisser Menschen dieselbe Bedeutung beilegt, als wären sie Handlungen der juristischen Person[1a]. Darüber, welche Personen befugt sind, mit dieser Wirkung für die juristische Person zu handeln, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei dem Fiscus entscheidet darüber die Verfassung und Verwaltungsorganisation des betreffenden Staates, bei den Stiftungen der Wille des Stifters und ergänzend der Staat als obervormundschaftliche Behörde[2]. Bei den Corporationen ist zunächst auf ihre Verfassung zu sehen, welche auf Gesetz, Autonomie (Statut), Herkommen (Observanz) beruhen kann. Hat die Corporation eine genügend ausgebildete Verfassung nicht[3], so wird der Wille der Corporation durch den Beschluß der Corporationsglieder hergestellt[3a], wobei die auf gehörige Ladung nicht Erschienenen nicht

---

genossenschaften" (Corporationen mit subsidiärer solidarischer Verhaftung ihrer Mitglieder) s. Stobbe I §. 60 und die Citate das., Gareis Zeitsch. f. Gesetzgeb. und RPflege in Preußen V S. 604 fg. 634 fg., und namentlich die Schrift von v. Sicherer die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, Erlangen 1872. Norddeutsches Bundes- (jetzt Reichs-) Gesetz vom 4. Juli 1868 (dazu die Declaration vom 19. Mai 1871). Die genannte Schrift von v. Sicherer enthält einen Commentar zu diesem Gesetz. Seuff. Arch. XXI. 96, XXIII. 206, XXIV. 8, XXV. 199, XXVI. 219. — Ueber die offene Handelsgesellschaft vgl. Stobbe I S. 324 fg. und die das. Citirten, v. Sicherer a. a. O. S. 101 fg.

[*] Vgl. Brinz: S. 1008—1127.

[1] Diesen Sinn hat es, wenn es in l. 1 §. 22 D. de A. v. A. P. 41. 2 heißt: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (d. h. als Gesammtheit) consentire non possunt". Vgl. Ulp. XXII. 5, l. un. §. 1 D. de lib. univ. 38. 3. §. 59.

[1a] Beseler deutsch. Privatr. §. 69, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 34, Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 1 schreiben in verschiedenen Wendungen der Corporation natürliche Willensthätigkeit zu; sie bedürfe nur eines Organs, um ihren Willen auszusprechen. Es ist dieß eine unrichtige Consequenz aus der sehr richtigen Erwägung, daß die Corporation, d. h. die Zusammenfassung Einzelner zur Einheit, das Product der „natürlichen Kraft menschlicher Triebe", und in sofern etwas Natürliches, nichts willkürlich Gemachtes ist. Bei Baron mischt sich auch die §. 58 Note 3 bezeichnete Auffassung hinein.

[2] Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 215—218, vgl. aber auch Gerber das. II S. 353 fg. Brinz S. 1106 fg. 1125.

[3] Darauf bezieht sich die (nicht quellenmäßige) Eintheilung in universitates ordinatae und inordinatae.

[3a] Salkowski (§. 58 Note 3) behauptet, es sei eine „absolute logische

mit gerechnet werden[4]. Bei Meinungsverschiedenheit entscheidet die Majorität; wollte man dieß nicht annehmen, so wäre in den meisten Fällen die Herstellung eines Corporationswillens unmöglich[5]. Einstimmigkeit ist nur erforderlich bei Beschlüssen, welche über den Corporationszweck hinausgehen; in Beschlüssen dieser Art handelt nicht die Corporation als solche, sondern es liegt in ihnen ein neuer constituirender Act der Corporationsmitglieder[5a]. Und auch Einstimmigkeit reicht zu Beschlüssen dieser Art in dem Falle nicht hin, wo die Corporation nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder besteht; sobald das öffentliche Interesse bei derselben betheiligt ist, ist die Gültigkeit auch des Einstimmigkeitsbeschlusses an die Staatsgenehmigung gebunden. In gleicher Weise kann auch da, wo es sich um ein Vermögen handelt, welches zum Genusse von successiv nach einem gewissen Determinationsmodus eintretenden Personen bestimmt ist, den jeweilig vorhandenen Genossen nicht die Befugniß zugestanden werden, die nach ihnen Berufenen durch Dispositionen über das vorhandene

---

Consequenz", daß der Wille der Corporationsglieder als Wille der Corporation zu gelten habe. Das ist zu weit gegangen: aber es liegt in Salkowski's Aufstellung ein richtges Element. Wenn die Corporationsglieder die Corporation nicht sind (s. a. a. O.), so bilden sie doch dieselbe; die Corporation ist etwas Anderes als sie, aber sie ist nichts außer ihnen Existirendes. Indem die Corporation gedacht wird, wird zwar Etwas gedacht, was die Corporationsglieder nicht sind; aber immerhin sind sie es, die als dieses Etwas gedacht werden. Sie sind die Erscheinung, gleichsam der Leib des gedachten Wesens, welches die Corporation ist. So ist es das Natürliche, daß aus ihnen der Wille der Corporation hervorgehe, und dieses Natürliche muß als vom Recht gewollt angesehen werden, soweit keine abweichende Bestimmung getroffen ist. Vgl. außer Salkowski auch Sintenis §. 15 Note 49 und Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. 2. Aufl. I S. 335 fg.

[4] Sie müssen angesehen werden, als hätten sie auf ihr Stimmrecht verzichtet. — Wie viele erschienen sind, ist gleichgültig, so lange nicht eine besondere Vorschrift die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Mitgliedern verlangt. In den Quellen des römischen Rechts wird für die Gültigkeit eines Beschlusses des ordo decuriorum, der aber nicht die Stadtgemeinde ist, sondern sie nur vertritt, Anwesenheit von $^2/_3$ seiner Mitglieder verlangt, l. 2. 3 D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 46 C. de decur. 10. 31. Seuff. Arch. XIV. 200.

[5] Vgl. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Seuff. Arch. XXI. 202.

[5a] Vgl. HGB. Art. 215. Stobbe S. 350.

Vermögen des an sie fallenden Genusses zu berauben; solche Dispositionen können nur durch einen Act der Gesetzgebung zu rechtsbeständigen gemacht werden[6].

Die der juristischen Person künstlich gewährte Handlungsfähigkeit erstreckt sich nicht auf Delicte, d. h. wenn die zur Vertretung einer juristischen Person an und für sich Befugten, wenngleich in ihrer Eigenschaft als Vertreter, ein Delict begehen, so haben sie nicht das Recht, die Verantwortung für die von ihnen begangene That auf die juristische Person abzuwerfen. Dieser aus der Natur der Sache sich ergebende Grundsatz ist im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt[7], zu anderen Zeiten aber nicht immer festgehalten worden[8].

## C. Entstehung*.

### §. 60.

Nach der Entstehung des Staates hat die Theorie des Civilrechts nicht zu fragen. Was zur Entstehung einer ruhenden Erbschaft gehört, folgt aus ihrem Begriffe. Stiftungen entstehen durch Aussetzung, Widmung, Hingabe von Vermögensmitteln zu einem bestimmten Zweck. Personenvereinigungen sind juristische Personen (Corporationen), wenn sie es sein wollen, d. h. wenn sie

---

[6] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Thibaut civil. Abhandl. Nr. 18 (1804. 1814), Gaudlitz s. Haubold de finibus inter ius singulorum et universitates regundis (1804, auch in Hauboldi opusc. vol. II p. 546—620, cf. p. LXIII—LXXIX), Kori in v. Langenn u. Kori Erörter. II. 1 (1830), Savigny II §. 96—99, Pfeifer §. 35. 36, Beseler deutsch. Privatr. §. 69, Stobbe I §. 56.

[7] L. 15 §. 1 D. de dolo 4. 3, Nov. Maioriani tit. VII §. 11 (ed. Haenel p. 320). L. 9 §. 1. 3. D. quod metus causa 4. 2 ist nicht von dem Anspruch gegen den Delinquenten, sondern von dem Anspruche gegen den Bereicherten (l. 9 §. 8 eod.) zu verstehen. Vgl. Schliemann Lehre vom Zwang S. 34 fg.

[8] C. 4 de censibus in VI° 3. 20 (anders c. 5 de sent. excomm. in VI° 3. 11), Auth. Frid. II. *Item nulla* und *Item quaecunque* C. de ep. et cler. 1. 3, Aurea bulla c. 15 §. 4, Landfriede von 1548 Tit. 2. 14. 29 §. 4, R. G. O. II. 10 §. 1. Vgl. überhaupt Savigny II §. 94. 95, Kierulff S. 135. 136, Vangerow I §. 55 Anm., Sintenis I §. 15 Anm. 53, Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 120 fg.

* Brinz S. 1063—1098.

wollen, daß das Subject des von ihnen zusammengebrachten, zusammenzubringenden, zu erwerbenden Vermögens nicht die Einzelnen als solche sein sollen, sondern ihre gedachte Einheit.

Vielfach wird aber behauptet, daß für die Entstehung der Corporationen, abgesehen von den Gemeinden, und der Stiftungen[1] noch etwas Anderes erforderlich sei, nämlich Verleihung der Rechtsfähigkeit, der juristischen Persönlichkeit, durch einen besonderen Act der Staatsgewalt. Man geht dabei von dem richtigen Satze aus, daß die Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes Anerkennung durch die Rechtsordnung voraussetze. Diese Anerkennung, gibt man zwar zu, könne möglicherweise auch in einer von der Rechtsordnung ein für alle Mal aufgestellten Regel enthalten sein, und so sei es bei der natürlichen Person (dem Menschen), bei dem Staate (dem Fiscus), den politischen und kirchlichen Gemeinden, der ruhenden Erbschaft. Dagegen wird nicht zugegeben, daß es sich nach gemeinem Rechte in derselben Weise auch bei Stiftungen und den willkürlichen Personenvereinigungen verhalte; für diese, wird behauptet, müsse die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit in jedem einzelnen Fall von der Staatsgewalt eingeholt werden[2].

---

§. 60. [1] Gestiftet kann werden durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf Todesfall, durch eine einzelne Person oder durch Zusammenwirken Mehrerer (z. B. es wird für irgend einen Zweck gesammelt).

[2] Was die Stiftungen angeht, ist diese Frage namentlich bei Gelegenheit des Städel'schen Erbfalles verhandelt worden. Vgl. darüber Stobbe I S. 420 und Citate das., III §. 549 Num. 2 und die dort Citirten. S. ferner Die Verleihung der Rechtsfähigkeit erklären bei den Stiftungen für überflüssig: Elvers Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen S. 159 fg. (1827), Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung S. 93 fg. (1833), Puchta Pand. §. 28 u. krit. Jahrb. VIII S. 705—712, Arndts Pand. §. 46 u. Rechtslexicon III S. 915. 916, Beseler deutsch. Privatr. §. 67. 72, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 45, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 139—146, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 21 fg., Brinz S. 1096 fg., Gutachten der Juristenfacultät in Tübingen vom 2. Juni 1869 im Württemb. Arch. f. R. u. RVerwltg. XIV S. 67 fg., Böhlau Rechtssubject und Personenrolle S. 26 fg., vgl. auch Kierulff S. 150—152. Personenmehrheiten erkennen als juristische Personen auch ohne specielle Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ertheilung von „Corporationsrechten") folgende Schriftsteller an: Beseler deutsch. Privatr. §. 67, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 34, Schüler in Jur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Ortloff ꝛc. I Nr. 5 §. 8, Unger krit. Ueberschau VI

Diese Ansicht ist aber nicht zu billigen. Allerdings findet sich im römischen Rechte die Regel, daß den bezeichneten Klassen der juristischen Personen auch ohne besondere Verleihung Rechtsfähigkeit zukomme, nicht ausdrücklich ausgesprochen: aber ausdrücklich ausgesprochen wird die Regel der Rechtsfähigkeit auch nicht für andere juristische, und nicht für die natürlichen Personen; sie wird hier wie dort vorausgesetzt[8]. Zu unterscheiden ist übrigens von

---

S. 148—156, Fitting krit. Vierteljahrschr. I S. 585. 586 und in der Schrift: die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschießgraben (Halle 1866) S. 80 vgl. S. 83. 84, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV S. 137. 139, Arndts §. 44, Randa Arch. f. deutsch. Wechselr. XV S. 17 fg., Brinz S. 1063 fg., Böhlau a. a. O. Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. namentlich: Mühlenbruch a. a. O., Savigny II §. 89, Pfeifer §. 13—15. 44, Roth Jahrb. f. Dogm. I S. 205 fg., Salkowski (§. 58 Note 3) S. 19 fg., Sintenis I S. 107—110, Vangerow I §. 60 Anm. a. E., Stobbe I S. 341. 420 (hier auch fernere Citate). Seuff. Arch. I. 314 S. 329; XIV. 199; XI. 9, XII. 58, XIII. 206, XVIII. 4. Weitere Mittheilungen über die Praxis gibt für Personenvereinigungen v. Sicherer in der §. 58 Note 5 a. E. citirten Schrift S. 40 fg. (Die Praxis ist der hier vertretenen Meinung nicht günstig). — Es lassen aber die Vertheidiger der hier zurückgewiesenen Meinung (wenigstens die meisten) auch stillschweigende Verleihung der juristischen Persönlichkeit zu, und finden dieselbe wohl gar in jeder staatlichen Genehmigung (s. den Text im Verfolg). — HGB. Art. 208 Abs. 1. „Actiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden". Diese Bestimmung ist aber aufgehoben worden durch das norddeutsche Bundes- (jetzt Reichs-)Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 1 Art. 174. 208. 249a. §. 2. Ebenso sieht von dem Erforderniß staatlicher Genehmigung ab das norddeutsche Bundes- (jetzt Reichs-) Gesetz vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs und Wirthschaftsgenossenschaften §. 4. 11.

[8] Die Ansicht, die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen sei etwas nicht Natürliches, und deßwegen reiche bei ihnen eine andere als ausdrückliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit nicht aus, ist in keiner Weise haltbar. Die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen beruht auf einer Vorstellung, welche dem Leben kaum weniger geläufig ist, als die Vorstellung von der Persönlichkeit des Menschen; und warum sollte das Recht die erstere nicht eben so einfach und ohne Weiteres acceptiren können, wie es dieß mit der letzteren unzweifelhaft thut? Vgl. auch §. 59 Note 1a. Daß aber das römische Recht es mit den Anstalten zu frommen Zwecken und den Personenvereinigungen wirklich in dieser Weise gehalten hat, wird man bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht leugnen können. Anstalten der genannten Art werden als Personen behandelt kraft ihrer bloßen Existenz, ohne daß das Erforderniß der Verleihung der juristischen Persönlichkeit irgendwie erwähnt würde, s. z. B. l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35. 49 C. de ep. et

der Verleihung der Rechtsfähigkeit die polizeiliche Genehmigung, welche zur Bildung eines Vereines und zur selbständigen Verwendung eines gewissen Vermögens nach dem besonderen Recht des betreffenden Staates erforderlich sein kann[4]. Und ferner ist es eine andere Frage, ob es sich nicht für die Gesetzgebung empfehle, wenigstens bei Personenvereinen die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit, wenn nicht an eine besondere Verleihung, so doch an eine öffentliche Constatirung der Thatsache, daß eine juristische Person und nicht eine Gesellschaft zu Stande gekommen sei, zu knüpfen. Dafür läßt sich sagen, daß es in einem gegebenen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob die Absicht der zusammentretenden Personen auf das Eine oder das Andere gerichtet ist, und doch die mit ihnen in Verkehr Tretenden ein äußerstes Interesse daran haben, über diesen Punkt im Klaren zu sein[5].

Darüber, welche Zahl von Mitgliedern erforderlich sei, damit ein Personenverein als juristische Person in Betracht kommen

cler. 1. 3; ebensowenig wird es erwähnt in l. 46 C. de ep. et cler., wo gerade von der Begründung einer solchen Anstalt die Rede ist, und wenn letztere Stelle nicht glossirt ist, so wird man ihr wenigstens unterstützende Kraft nicht absprechen dürfen. Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß das römische Recht nur von Anstalten zu frommen Zwecken spricht; es spricht von anderen nicht deßwegen nicht, weil es sie als juristische Personen nicht hätte anerkennen wollen, sondern weil es andere nicht vorfand. Vgl. übrigens auch Brinz S. 1075 fg. Was die Corporationen angeht, so waren bei den Römern nicht alle Personenvereinigungen erlaubt, aber daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besonderen Verleihung der Rechtsfähigkeit bedurft hätten, davon findet sich keine Spur. S. l. 1 §. 1 D. quod cui. univ. 3. 4 (vgl. l. 1 pr. eod. u. l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5, u. vgl. über die Geschichte der römischen Vereinsgesetzgebung Pernice Labeo I S. 299 fg., neuestens Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 21 fg. 147 fg. (1873).

[4] Auch in Ermangelung einer solchen Vorschrift muß der Richter jeder Personenvereinigung und jeder Stiftung seine Anerkennung versagen, welche einen unerlaubten Zweck verfolgt, und er wird seine Befugnisse nicht überschreiten, wenn er das Gleiche thut bei Frivolität des Zweckes. Vgl. II §. 251 Note 3. §. 314 Num. 3, III §. 634 Num. 2. Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 78 fg.

[5] Die in Note 2 a. E. erwähnten Gesetze des deutschen Reichs und des norddeutschen Bundes verlangen Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handels- bez. Genossenschaftsregister und Veröffentlichung desselben im Auszuge.

könne, läßt sich aus der Natur der Sache eine allgemeine Regel nicht herleiten[6].

## D. Ende*.

### §. 61.

Die Frage nach dem Ende des Fiscus und der ruhenden Erbschaft erledigt sich durch sich selbst. Was dagegen

1) Corporationen angeht, so erreichen dieselben ihr Ende dadurch, daß die ihnen zu Grunde liegende Personenvereinigung wegfällt oder aufhört erlaubt zu sein. Das Letzte ist der Fall, wenn die nach dem Landesrecht erforderliche polizeiliche Genehmigung zurückgezogen wird[1]. Wegfall der Personenvereinigung tritt ein: a) durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen worden ist, und wenn sie eingegangen worden ist zur Erreichung eines bestimmt begrenzten Zweckes, durch Erreichung dieses Zweckes; b) durch gültigen Auflösungsbeschluß[2]; c) durch Aussterben oder

---

[6] Nach l. 85 D. de V. S. 50 16 ist die Dreizahl erforderlich; aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung, als eine absolute Vorschrift geben. Vgl. auch Arndts §. 44 Anm. 2. Stobbe §. 52 Note 1 weist darauf hin, daß nach dem Preuß. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §. 94 zwei Personen eine Gewerkschaft bilden können, und eine Gewerkschaft im Sinne des Preußischen Gesetzes eine juristische Person sei.

* Brinz S. 1137—1150.

[1] Mit der polizeilichen Genehmigung ist auch hier nicht zu verwechseln die Verleihung der juristischen Persönlichkeit. Wie die letztere zur Entstehung der Corporation als juristischer Person nicht erforderlich ist, so darf man auch nicht sagen, daß die Corporation durch staatliche Entziehung der juristischen Persönlichkeit ihre Endschaft erreiche. Durch einen Act der Gesetzgebung kann freilich, wie Alles, so auch das zum Recht gemacht werden, daß eine bestehende juristische Person nicht mehr Rechtssubject sein solle. Aber dieß meint man nicht, wenn man (z. B. Puchta §. 28 a. E.) lehrt, daß die juristische Person auch durch Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staates aufgehoben werde; man hat dabei einen Act derjenigen Behörde im Sinne, welcher der Staat die Befugniß, Privilegien zu ertheilen, übertragen hat. §. 61.

[2] Der Inhalt eines solchen Beschlusses ist nicht, daß die Corporation aufhören wolle, Rechtssubject zu sein, sondern die Corporationsmitglieder beschließen, auseinanderzugehen. Dieß gegen Puchta §. 28. r und Rechtslexicon III S. 73, Sintenis I §. 15 Anm. 31, vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 176—178. Daß zu einem solchen Beschluß Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist, versteht sich von selbst. Ist Stimmeneinhelligkeit nicht vorhan-

Austreten sämmtlicher Mitglieder. Jedoch hört in den beiden letzten Fällen die Corporation dann nicht auf, wenn ihr Zweck fortdauert, und die Aussicht, daß die Verfolgung desselben neue Träger finden werde, nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist[3].

2. Stiftungen hören auf a) dadurch, daß ihr Zweck unerlaubt oder seine Erreichung unmöglich wird; b) durch Ablauf der Zeit, für welche, und durch Eintritt der Bedingung, unter welcher sie gemacht worden sind; c) durch Wegfall ihres Vermögens, vorausgesetzt daß die Aussicht auf Erneuerung derselben nicht abgeschnitten oder in unberechenbare Ferne gerückt ist[4].

## §. 62.

Was das Schicksal des Vermögens der aufgehobenen juristischen Person betrifft, so steht zunächst fest, daß durch die Aufhebung einer juristischen Person die Rechte, welche Einzelne an ihrem Vermögen haben, nicht beseitigt werde, und so namentlich auch nicht die Rechte der Mitglieder einer Corporation an dem Corporationsvermögen. Ist daher das Corporationsvermögen unter die

---

den, so setzen die Verneinenden die Corporation fort, während es den Auflösenwollenden unbenommen ist, auszuscheiden.

[3] In l. 7 §. 2 D. quod cui. univ. 3. 4 heißt es: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis". Aber Dasselbe ist auch zu sagen, „wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinsterben", Savigny II S. 280. Vgl. l. 85 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt". Es ist, wie beim Verluste des Besitzes ein in contrarium agi erforderlich; l. 8 D. de A. v. A. P. 41. 2. Uebereinstimmend Puchta §. 28. 8, Arndts §. 45 Anm. 1, vgl. auch Böhlau Rechtssubject und Personenwille S. 40. A. M. Sintenis I §. 15 Anm. 29, Brinz S. 1147, Stobbe S. 359. 360. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 433 fg. nimmt nicht Fortdauer der Corporation (des Rechtssubjects), sondern Fortdauer dessen, was er die passiven Wirkungen der Rechte nennt, ohne Rechtssubject an.

[4] Eine „der Stiftung" in diesem Augenblick gemachte Zuwendung ist nicht Begründung einer neuen Stiftung. Es gilt hier das Gleiche, was in Note 3 für die Corporation gesagt worden ist. Uebereinstimmend Beseler §. 72 Note 15, mit Unterscheidung Sintenis I §. 15. II; a. M. Brinz S. 1137 fg., Stobbe S. 425.

Corporationsglieder seinem Werthe nach vertheilt (§. 58), so dauert dieses Verhältniß auch nach der Auflösung der Gesellschaft fort, und der Unterschied ist nur der, daß jetzt die ideelle Theilung in eine reelle verwandelt werden kann. Abgesehen von diesem Fall ist zunächst darauf zu sehen, ob nicht über das künftige Schicksal des Vermögens der aufgelösten juristischen Person durch ihre Verfassung oder durch die Stiftungsverfügung[1] eine Bestimmung getroffen worden ist, und bei Corporationen, ob nicht die Corporation vor ihrer Auflösung darüber einen gültigen Beschluß gefaßt hat. Ist keines von Beiden der Fall, so fällt das Vermögen der juristischen Person als herrenlos an den Staat[2]. Ein gültiger Corporationsbeschluß, der angegebenen Art setzt, wenn nicht Gesetz oder Statut Abweichendes bestimmen, voraus: 1) unter allen Umständen Einstimmigkeit[3]; 2) wenn das Vermögen der Corporation nicht bloß dem Privatnutzen der Mitglieder zu dienen bestimmt ist, Staatsgenehmigung; 3) wenn es sich um ein Vermögen handelt, zu dessen Genuß nach einem gewissen Determinationsmodus aufeinander folgende Personen berufen sind, Autorisation der Gesetzgebung (§. 59).

---

[1] Präsumtiver Stiftungswille: l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 4 D. de adm. rerum 50. 8. Vgl. Brinz S. 1141; Stobbe §. 62 Note 30. §. 62

[2] Nach Analogie des für ein erbloses Vermögen gesetzlich Anerkannten (III §. 570 Note 5). Brinz S. 1140, Stobbe S. 361. 425, Böhlau Rechtssubject und Personenwille S. 51. Die Behauptung, daß das Vermögen der aufgelösten Corporation immer an ihre Mitglieder falle, ist eben so irrig, als die entgegengesetzte, daß dieß nie der Fall sei. Ersteres wird nicht bewiesen durch l. 3 pr. D. de colleg. 47. 22, welche Stelle von Vereinen handelt, die juristische Personen sein möchten, aber wegen Unerlaubtheit des Vereins nicht sind. Vgl. Unger krit. Ueberschau VI S. 178. 179, Arndts §. 45 Anm. 6. Böhlau a. a. O. S. 41 fg. will jetzt die citirte Pandektenstelle von Vereinen verstehen, welche juristische Personen geworden sind, aber durch polizeiliche Auflösung aufgehört haben, es zu sein, und will für diesen Fall allerdings das Corporationsvermögen an die Mitglieder fallen lassen. Im Resultat übereinstimmend M. Cohn zum römischen Vereinsrecht S. 94 fg. (1873).

[3] Nach dem §. 59 Note 5a Gesagten. A. M., ohne Begründung, Stobbe §. 54 Note 16.

# Drittes Kapitel.

## Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

### I. Allgemeines.

#### Die Begriffe.

#### §. 63.

Ein Recht entsteht, geht unter, verändert sich — das will sagen: es ist der derjenige Thatbestand zur concreten Verwirklichung gelangt, an welchen die Rechtsordnung das Sein, Nichtsein, Anderssein des Rechtes anknüpft. Man sagt von diesem Thatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich Wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung[1].

Näher ist von dem Begriff der Veränderung zu handeln.

#### Veränderung der Rechte im Besonderen.

#### §. 64.

Ein Recht verändert sich: die Eigenschaften des Rechtes sind andere geworden, seine Substanz ist dieselbe geblieben. Weil die Substanz des Rechts dieselbe geblieben ist, fährt, soweit die Veränderung nicht reicht, Alles fort, von dem Rechte zu gelten, was bis dahin von ihm galt[1].

Eine Veränderung kann mit den Rechten vorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff ihres Subjects.

1. Der Inhalt[2] eines Rechts kann ein anderer werden entweder in quantitativer oder in qualitativer Beziehung. In quanti-

---

§. 63. [1] Dieß wird theilweise anerkannt in dem Sprachgebrauch, nach welchem zwischen gesetzlicher Entstehung zc. des Rechts und Entstehung zc. durch Willenserklärung unterschieden wird. Vgl. §. 68 Note 1.

§. 64. [1] Hierin liegt das praktische Interesse der Unterscheidung zwischen der Veränderung eines Rechts und der Entstehung eines neuen Rechts an Stelle eines früheren.

[2] Vgl. Savigny III S. 4.

tativer Beziehung: der jetzige Zustand des Rechts unterscheidet sich von dem früheren nur durch ein Mehr oder Minder, so z. B. wenn die Sache, an welcher Jemand Eigenthumsrecht hat, durch Anschwemmung einen Zuwachs erhält, wenn der Gläubiger zum Theil befriedigt wird. In qualitativer Beziehung: das Recht gewährt jetzt eine andere Art der rechtlichen Herrschaft, als früher, wie z. B. das Eigenthumsrecht nach seiner Verletzung (§. 43), oder es ist, wenn auch die Art der rechtlichen Herrschaft unverändert geblieben ist, doch dasjenige, was kraft derselben verlangt werden kann, ein Anderes geworden, wie sich z. B. das Forderungsrecht auf Leistung einer individuellen Sache dadurch, daß dessen Erfüllung dem Schuldner durch seine Schuld unmöglich wird, in ein Forderungsrecht auf Geldentschädigung verwandelt. Dabei findet noch der Unterschied statt, daß möglicherweise das Recht nur in der veränderten Gestalt forterxistirt, wie z. B. in dem zuletzt genannten Fall, möglicherweise die neue Gestaltung, welche es angenommen hat, seinem ursprünglichen Bestande keinen Eintrag thut, wie in dem zuerst erwähnten Beispiel[3].

2. In Betreff ihres Subjectes[4] erleiden die Rechte eine Aenderung dadurch, daß an die Stelle des bisherigen Subjectes ein anderes Subject (bez. eine Mehrheit anderer Subjecte) tritt. Bei obligatorischen Rechten kann nicht bloß das berechtigte, sondern auch das mit der Verbindlichkeit behaftete Subject wechseln. Die technische Bezeichnung für dieses Eintrteten eines Subjectes an die Stelle eines andern ist (Rechts-) Nachfolge (Succession); das neu eintretende Subject ist der (Rechts-) Nachfolger (Nachmann, Successor), das bisherige der (Rechts-) Vorgänger (Vormann). — Nicht alle Rechte können ihr Subject wechseln; ihre Hauptanwendung findet die Rechtsnachfolge auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Die vermögensrechtliche Nachfolge ist entweder Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes (§. 42), und damit in

---

[3] Der Eigenthümer ist deßwegen nicht weniger Eigenthümer mit allen im Eigenthumsrechte liegenden Befugnissen, weil er dadurch, daß eine bestimmte Person ihm seine Sache vorenthält, einen Anspruch gegen dieselbe gewonnen hat. Dieser Anspruch ist aber nicht sowohl ein neues Recht, als das alte in einer neuen Function (die intentio der actio geht nicht auf restitui oportere, sondern auf rem actoris esse).

[4] Vgl. Savigny III §. 105, Wächter II §. 79. 80, Unger II §. 74.

alle einzelnen Bestandtheile desselben, oder eine Nachfolge in Vermögensstücke als einzelne — Gesammtnachfolge, Sondernachfolge (Universalsuccession, Singularsuccession)[5].[6]

---

[5] Hasse Arch. f. civ. Pr. V S. 19 fg. — Die römischen Ausdrücke sind: succedere (successio) in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor), per universitatem (universitatis successio), in universa bona — in rem, in rei dominum, in singularum rerum dominum. Es findet sich auch ein Sprachgebrauch, nach welchem die Ausdrücke succedere etc. bloß von der Gesammtnachfolge gebraucht werden. Vgl. l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod leg. 43. 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7. §. 2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13. Hasse a. a. O. S. 40 fg., Savigny a. a. O. S. 17. fg. — Der Ausdruck succedere (successio) in locum ist nicht nothwendigerweise von der Rechtsnachfolge zu verstehen; er wird auch da gebraucht, wo Jemand mit einem neu entstandenen Rechte an die Stelle eines bisher Berechtigten tritt. Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLI S. 3 fg. (Pfandrecht II S. 491 fg.)

[6] Der aufgestellte Begriff der Rechtsnachfolge ist neuerdings mehrfach angefochten worden, entweder für die Rechtsnachfolge überhaupt, oder doch für die Sondernachfolge, und zwar namentlich auf Grund der Auffassung, daß das Subject etwas zum Wesen des Rechts Gehöriges sei und daher durch den Wechsel des Subjectes das Recht ein anderes werden müsse. Hierher gehören: Kuntze die Obligation ꝛc. §. 15—20, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse ꝛc. S. 116 fg., v. Salpius Novation und Delegation S. 345 fg. Kuntze behauptet, bei der Sondernachfolge dauere nicht das bisherige Recht fort, sondern es werde aus dem „Stoff" des bisherigen Rechts ein anderes geschaffen; ähnlich v. Salpius; auch nach der Ansicht von Neuner geht bei der Rechtsnachfolge nicht das Recht über, sondern nur der „Rechtsstoff". Daß aber der bezeichnete Ausgangspunkt ein irriger ist, ergibt sich schon daraus, daß ein Recht möglicherweise ohne alles Subject existiren kann (§. 49 Note 2). Auch abgesehen hiervon: die Rechte haben ihre Individualität, ihre Unterschiedenheit von anderen Rechten, lediglich durch ihre Erzeugung; jedes Recht ist dasjenige Individuum, welches es ist, deßwegen, weil es auf diesem concreten, von der Rechtsordnung mit der Kraft zu seiner Erzeugung begabten, Thatbestand beruht. Wäre dieß anders, so wäre das Forderungsrecht des A gegen den B auf 100 aus einem Darlehn, und das Forderungsrecht des A gegen den B auf 100 aus einem Kaufe, dasselbe Recht. Wenn daher auf einen rechterzeugenden Thatbestand, auf welchen sich bisher A berufen durfte, nun B berufen darf, so hat B nicht ein gleiches Recht, wie A, sondern dasselbe, identische Recht. Gegen Kuntze haben sich erklärt: Windscheid die Actio ꝛc. S. 157—160, Bekker Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 452—455, Arndts §. 56 Anm. 2, Unger II §. 74 Note 4, Gürgens Jahrb. f. Dogm. VIII S. 223 fg. v. Salpius zieht aus seiner Auffassung die Consequenz,

3. Die Veränderung des Rechtes dem Subject und die Veränderung dem Inhalt nach können auch mit einander verbunden sein[7].

## Abschwächung der Rechte.

### §. 65.

Zwischen der Entstehung und dem Untergang der Rechte liegt ihre Existenz. Diese Existenz braucht keine volle, sie kann eine abgeschwächte sein[1]. Die Fälle, welche hierher gehören, sind von sehr verschiedener Art. Ein Hauptfall ist der des Bestehens eines Anspruchs mit anhaftender Einrede[2], welchem Fall sich der Fall der natürlichen Verbindlichkeit anschließt[3]. Ein anderer Fall ist der des Ruhens der Rechte[4]: das Recht ist in einer Lage, in welcher es seine Wirksamkeit nicht entfalten oder nicht voll entfalten kann; aber diese Lage kann sich ändern, und dann ist das Recht in voller Wirksamkeit vorhanden, ohne daß es neu erzeugt

---

daß auch in der Novation eine Succession liege. S. dagegen H. Witte krit. VJSchr. VIII S. 371 fg. — Auch Brinz (Jahrb. d. gem. R. III S. 31. 32) will das Wesen der Rechtsnachfolge darein gesetzt wissen, daß das Recht des Nachfolgers aus dem Recht des Vorgängers geschaffen werde, ist dabei jedoch nicht der Ansicht, daß das Recht des Nachfolgers nicht dasselbe Recht sei, wie das des Vorgängers; aber diese Identität, meint er, finde nicht bloß bei der Rechtsnachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Ersitzung — eine Behauptung, welche mir durch das von Brinz Vorgebrachte in keiner Weise bewiesen zu sein scheint. Wie Brinz, abgesehen von dem über die Ersitzung Bemerkten, Esmarch Vacuae possessionis traditio (1873) S. 3 fg. — Lenz (Recht des Besitzes S. 45—76) denkt sich das Verhältniß so: der an einem Object bisher Berechtigte gebe sein Recht zu dem Ende auf, damit ein Anderer die Herrschaft über das Object als ein nun herrenloses erwerbe. Es hängt dieß zusammen mit seiner eigenthümlichen und seltsamen Auffassung des Wesens des (subjectiven) Rechts überhaupt, wonach dasselbe seinen Grund nicht in der Rechtsordnung, sondern in dem Willen des Berechtigten haben soll (vgl. §. 150 Note 1). Vgl. auch Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 70 Note 27. Exner Tradition S. 1 Note 2.

[7] So wenn der Inhaber eines theilbaren Rechts von einer Mehrheit von Personen beerbt wird.

§. 65. [1] In Folge unvollständiger Entstehung oder in Folge unvollständigen Untergangs.

[2] S. §. 47.

[3] S. II §. 287—289.

[4] Der Ausdruck kommt vor bei Gai. IV. 78.

zu werden braucht[5]. Fernere Fälle sind: das Recht ist nur für eine bestimmte Person vorhanden, im Uebrigen nicht[6]; oder das Recht wirkt in sachlicher Beziehung nur nach einer bestimmten Seite[7], oder nach einer bestimmten Seite nicht[8].[9]

---

[5] Beispiele: das Eigenthum an einer Sache, welche als Bestandtheil in eine andere Sache eingefügt worden ist (§. 188 Note 10—13, §. 189 Note 4). Die actio noxalis, wenn der Gläubiger Eigenthümer des Sclaven ꝛc., wird durch welchen sie begründet worden ist, nach der Ansicht der Proculianer (Gai. IV. 78, vgl. §. 6 I de noxal. act. 4. 6). Das Inhaberpapier oder der Wechsel (WO. Art. 10, Kuntze Wechselr. S. 84. 86) in der eigenen Hand des Schuldners. Die Grunddienstbarkeit, wenn der Grundeigenthümer, nachdem in seiner Hand das Eigenthum des herrschenden und des dienenden Grundstücks zusammengekommen sind, die Dienstbarkeit im Grundbuche nicht löschen läßt. Der Fall der l. 31 D. de S. P. R. 8. 3. Die Grunddienstbarkeit nach Dereliction des herrschenden Grundstücks (§. 215 Note 3). Die Vormundschaft über einen Geisteskranken im lichten Zwischenraum, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70. Theilweises Ruhen des Rechtes: Pfandrecht an der eigenen Sache (§. 248 Note 26 fg.).

[6] Hierher gehört der Fall der Confusion, wenn das confundirte Recht (Recht an fremder Sache oder Forderung) einem andern Rechte unterworfen ist. Vgl. §. 205 Note 4, §. 206 Note 10, §. 215 Note 10, §. 219 Note 8, §. 248 Note 11. 12. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 450 nimmt Fortdauer der Dienstbarkeit trotz der Confusion auch in dem Fall an, wo das herrschende Grundstück einem Recht an fremder Sache unterworfen ist, wohl mit Recht; aber für seine Annahme, daß in diesem Falle wegen des Rechts des Dritten an dem herrschenden Grundstück die Dienstbarkeit auch für den Eigenthümer fortdauere, sehe ich keinen Grund.

[7] Z. B. die Ehe zwischen dem Freilasser und der Freigelassenen, wenn die letztere sich scheidet; dieselbe ist zwar im Uebrigen aufgelöst, verhindert aber die Freigelassene an der Wiederverheirathung und der Rückforderung der Dos, l. 11 pr. D. de divort. 24. 1. S. auch l. 6 eod.

[8] Die Freilassung eines Sclaven, welcher einem fremden Nießbrauch unterworfen ist, soll nach l. 1 §. 1 C. comm. de manum. 7. 15 den Sclaven zwar frei machen, aber den Nießbrauch nicht beseitigen (vgl. Ulp. I. 19).

[9] Ihering Jahrb. f. Dogm. X. 8 (1871) stellt statt der Kategorie: Recht mit abgeschwächter Existenz die andere auf: Recht ohne active, mit bloß passiver Wirkung, unter welcher passiver Wirkung Ihering den Zustand der Gebundenheit des Rechtsobjects, Person oder Sache, versteht. Ich halte diese Kategorie für zu enge, und theilweise für nicht genügend selbst gegenüber den auch von Ihering genannten Rechtserscheinungen, wie das in Betreff des Pfandrechts an eigener Sache Ihering selbst nicht bestreitet. Ihering stellt übrigens unter seine Kategorie, wie nicht alle oben erwähnten Rechtserscheinungen, so auch andere, als die erwähnten, und namentlich das bedingte und das befristete Recht. S. darüber §. 89 Note 18a.

## Erwerb und Verlust der Rechte.

### §. 66.

Erwerb eines Rechts ist Verknüpfung des Rechts mit einem bestimmten Subject; Verlust eines Rechts ist Lostrennung des Rechts von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war.

Erwerb eines Rechts ist nicht nothwendigerweise Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechts[1].

Der Rechtserwerb, welcher sich durch Rechtsnachfolge vollzieht, bildet eine Art des abgeleiteten Erwerbes. Unter abgeleitetem Erwerb versteht man jeden Erwerb, welcher sich auf ein bereits bestehendes Recht stützt, bei welchem das erworbene Recht von einem bestehenden abgeleitet wird. Außer dem Erwerbe durch Rechtsnachfolge gehört auch der Fall hierher, wo aus einem vorhandenen Recht ein Recht anderer Art erzeugt wird, z. B. aus dem Eigenthumsrecht eine Dienstbarkeit[1a]. Derjenige, von dessen Recht das erworbene Recht abgeleitet wird, heißt der Rechtsurheber[2]. Den Gegensatz gegen den abgeleiteten Erwerb bildet der selbständige Erwerb[3].

---

[1] Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und Untergang des Rechts nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der Rechte. §. 66.

[1a] Exner Tradition S. 1—4. Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 53 fg. stellt auch diesen Fall unter den Begriff der Rechtsnachfolge. Zustimmend Bekker krit. VJSchr. XV S. 535. 541.

[2] Auctor. L. 175 §. 1 D. de R. I. 50. 17 (vgl. l. 54 l. 177 pr. eod.). Der Ausdruck wird vorzugsweise bei der Sondernachfolge gebraucht; vgl. jedoch l. un. C. Hermog. de success. 12.

[3] Die hergebrachten Ausdrücke sind: derivativer — originärer Erwerb. Der letztere Ausdruck ist hier durch den Ausdruck: selbständiger Erwerb in dem Sinne wiedergegeben worden, daß der Erwerb ein Erwerb ist, der seine origo in sich selbst trägt.

## Die juristischen Thatsachen.

### §. 67.

Die einzelnen Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Thatsachen. Ein Thatbestand kann aus einer einzelnen Thatsache bestehen, er kann aber auch durch ein Zusammensein mehrerer Thatsachen gebildet werden. In dem letzteren Falle können die den Thatbestand bildenden Thatsachen auch der Zeit nach auseinanderfallen, entweder möglicherweise (z. B. die beiden einen Vertrag ausmachenden Willenserklärungen), oder nothwendiger Weise (so setzt z. B. die Ersitzung voraus einmal eine gewisse Art der Besitzerlangung, sodann eine gewisse Dauer des so erlangten Besitzes)[1].

Die juristischen Thatsachen können nicht bloß positiver, sondern auch negativer Art sein. Eine Unterlassung z. B. kann so wohl rechtliche Folgen haben, wie ein Thun.

Ob einer Thatsache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht nothwendigerweise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein; möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend sein. In diesem letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder der Schwebe vorhanden[2].

---

§. 67. [1] Vgl. Ihering Geist d. röm. R. III S. 143 fg. (2. Aufl. S. 149 fg.), und namentlich Köppen Jahrb. f. Dogm. XI. 2 (1871). Ueber den Inhalt dieses Aufsatzes, so weit er hier einschlägt, hat Köppen selbst berichtet in seiner Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. (deren Citate sich aber auf einen anders paginirten Separatabdruck jenes Aufsatzes beziehen).

[2] Die Quellen sagen in einem solchen Falle: pendet, in pendenti, in suspenso est, entweder von dem Rechtsverhältniß (z. B. dominium l. 12 §. 5 l. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1, causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, servi status l. 86 §. 2 D. de leg. I° 30), oder auch von der Thatsache selbst (z. B. traditio, stipulatio l. 14 §. 1 D. de castr. pec. 49. 17, alienatio l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7, mutui datio l. 8 D. de R. C. 12. 1, actus l. ult. D. comm. praed. 8. 4). In einem solchen Falle ist aber die Thatsache nicht nothwendigerweise aller sofortigen Wirkung bar; sie kann möglicherweise schon jetzt, wenn auch nicht die ihr an und für sich zukommende, doch eine andere Wirkung äußern. So wird in Folge der bedingten Willens-

Die juristischen Thatsachen äußern die ihnen zukommende rechtliche Wirkung regelmäßig nur für die Zeit, welche nach ihnen kommt, für die Zukunft. Es kommt jedoch auch vor, daß das Recht einer Thatsache Wirkung beilegt auch für die hinter ihr liegende Zeit, für die Vergangenheit, d. h. daß es vorschreibt, es solle Alles so gehalten werden, als sei die erst jetzt eingetretene rechtliche Wirkung bereits früher eingetreten[3]. In einem solchen

---

erklärung das übertragene Recht nicht eher erworben, bis die Bedingung erfüllt ist; aber jedenfalls ist der Uebertragende sofort gebunden, er kann den Erwerb des Rechts für den Fall der Erfüllung der Bedingung nicht mehr verkümmern (§. 89). Nur wo dieses Verhältniß stattfindet hat der Begriff des zukünftigen Rechts rechtliche Bedeutung, während im Uebrigen das zukünftige Recht einfach ein Nichtrecht ist (vgl. Unger II S. 7. 8). Dieses Verhältniß ist es auch, auf welches sich der von einem neueren Schriftsteller (Fitting über den Begriff der Rückziehung [1856]) aufgestellte Begriff der „Vorwirkung" bezieht. Vgl. zu der genannten Schrift die Anzeigen von Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 35 fg. und v. Scheurl in der krit. Ueberschau V S. 24 fg., ferner Arndts §. 57 Anm. 2, Vangerow I S. 555. 556 der 7. Aufl., und über das Verhältniß selbst jetzt namentlich auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 458 fg. und Köppen in dem in der vorigen Note citirten Aufsatz S. 163 fg. 334 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 25 fg. 51 fg. In dem Aufsatze Köppens wird für Rechtsgeschäfte auch der entgegengesetzte Fall, wo das Rechtsgeschäft einstweilen noch gar keine Wirkung erzeugt hat, in nähere Betrachtung gezogen: Köppen spricht in diesem Falle von einem unfertigen Rechtsgeschäft, im Gegensatz zum unfertigen Rechtsverhältniß. Die Ansicht Köppen's darüber, wann der eine und wann der andere Fall eintrete, ist complicirt; vgl. darüber seine eigene Mittheilung in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 20, und aus dem ersten Aufsatz S. 155 fg. 219 fg. 238 (159). 256. 262.

[3] L. 193 D. de R. I. 50. 17. „Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent". L. 138 pr. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. — L. 44 §. 1 D. de leg. I° 30: — „ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur (sc. res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis". L. 86 §. 2 eod. L. 35 ad leg. Aq. 9. 2: „retro accrevisse dominium ei videtur". — L. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1: „retro fructuarii fuisse". L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — L. 19 §. 3 l. 20 D. de castr. pec. 49. 17. — Vgl. l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7: „pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis". L. ult. D. comm. praed. 8. 4: „cum . . postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur". L. 17 §. 2 D. de furt. 47. 2 (II §. 394 Note 2).

Falle sagt man, daß die Thatsache rückwirkende Kraft habe, oder auch, daß sie zurückbezogen werde[4].

Es kommt vor, daß das Recht die Wirkung einer Thatsache nicht direct, sondern mit Rücksicht auf eine andere der Wirklichkeit nicht entsprechende Thatsache bestimmt. Es schreibt vor, eine Thatsache solle diejenige Wirkung haben, welche vorhanden sein würde, wenn Etwas wäre, was nicht ist, oder Etwas nicht wäre, was ist. In Fällen dieser Art spricht man von einer Fiction[5].

## §. 68.

Eine Uebersicht über die verschiedenen juristischen Thatsachen gewährt folgende Betrachtung. Einen vorzugsweise wichtigen Grund der Entstehung des Untergangs und der Veränderung der Rechte bilden

1) die darauf gerichteten Privatwillenserklärungen; man nennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber

2) die richterlichen Willenserklärungen, und

---

[4] L. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28: — „cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt“. L. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16: — „confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. In l. 11 §. 2. 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und l. 40 D. de m. c. don. 39. 6 wird von dem bestätigten nichtigen Rechtsgeschäft selbst gesagt: retro agitur, reducitur (insofern nämlich die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts eigentlich neuer Abschluß desselben ist). In l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 heißt es im Allgemeinen: res retro ducitur. — Vgl. über dieses Verhältniß die in Note 2 citirte verdienstliche Schrift von Fitting und die daselbst genannten Anzeigen derselben. Ferner Köppen an die in Note 1 genannten Orten S. 154 fg. 163 fg. — S. 51 fg.

[5] Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fictionen besonders. So heißt es in der Formel der Arrogation (Gell. Noct. Att. V. 19. 9), der Arrogirte solle in dieselbe rechtliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, daß der römische Bürger durch feindliche Gefangenschaft, obgleich er Sclave werde, seine Rechte nicht verliere, sagt das römische Recht: er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben sterben, anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen, l. 12 §. 6 l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 49. 15. Vgl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858), und dazu die Rec. von Arndts krit. VJSchr. I S. 93 fg. Jhering Geist des röm. R. III S. 284—292 (2. Aufl. S. 293—301). Jahrb. f. Dogm. X S. 9 Anm. 12. Unger österr. Erbrecht §. 7 Anm. 10.

3) alle anderen Thatsachen. In diesem letzteren Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung ꝛc. der Rechte[1].

Nicht alle juristischen Thatsachen erheischen und gestatten eine allgemeine Betrachtung, wie sie hier allein angestellt werden kann und darf. Einer solchen allgemeinen Betrachtung sind nur folgende juristische Thatsachen zu unterwerfen:

1) die Rechtsgeschäfte (§. 69—100);

2) das unerlaubte Verhalten (§. 101);

3) der Ablauf der Zeit. Die Zeit kann aber nicht bloß selbst juristische Thatsache sein, sondern es kann auch eine andere Thatsache erst durch ihre zeitliche Beziehung zu einer juristischen werden. Insofern ist von der rechtlichen Bedeutung der Zeit überhaupt zu handeln (§. 102—113)[2].

Eine Lehre gibt es aber noch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt bezieht, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; diese ist zum Schlusse darzustellen (§. 114—120).

---

[1] Die Vorstellung, welche dieser durchaus gebräuchlichen Bezeichnung zu Grunde liegt, ist: die Rechte entstehen 1) durch menschlichen Willen, 2) durch den Willen des Gesetzes. Es ist bereits bemerkt worden (§. 65) und liegt auf der Hand, daß auch in dem ersten Falle das Entscheidende nicht der menschliche Wille ist, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rechtlicher Wirksamkeit begabt hat.

[2] Als Thatsache allgemeiner Bedeutung wird in den Lehrbüchern noch der Tod hervorgehoben, insofern nämlich als die Klagen aufgezählt werden, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (s. z. B. Savigny V §. 230, Puchta §. 88, Arndts §. 104). In dieser Beziehung ist zu bemerken: 1) wenn es im römischen Recht heißt, daß es actiones gebe, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (vgl. z. B. §. 1 I. de perpet. et temp. act. 4. 12), so sind diese actiones für uns Ansprüche (§. 44); 2) wenn man die Ansprüche aufzählen will, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, so hat es keinen Sinn, dieß nicht für die Rechte überhaupt zu thun; 3) von einer Aufzählung der Rechte oder Ansprüche welche den Tod des Subjectes nicht überdauern, läßt sich ein Vortheil nicht absehen; es genügt die Bemerkung, daß es solche Rechte gibt, und, was das Nähere angeht, die Verweisung auf die besonderen Rechtslehren. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. §. 5. — Ueber den s. g. concursus actionum s. §. 121 Note 9.

## II. Die Rechtsgeschäfte.

### A. Begriff und Arten.

### §. 69.

Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung[1].

---

§. 69. [1] Ueber die Definition des Rechtsgeschäfts herrscht kein Einverständniß unter den Schriftstellern. Vgl. v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. 9, Savigny III S. 5. 6, Sintenis I §. 19 Anm. 1, Wächter II S. 634. 635, Unger II S. 40, Brinz S. 1388 fg. 1553 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 144 fg., Bekker das. XII S. 31 fg. Man bemerke Folgendes. 1) Man darf nicht sagen, Rechtsgeschäft sei die auf die Entstehung ꝛc. eines Rechts gerichtete Willenserklärung (Puchta §. 49, Arndts §. 63), weil danach auch das richterliche Urtheil ein Rechtsgeschäft sein würde. Wenn hiergegen Arndts (seit der 5. Aufl.) bemerkt, daß es nicht sprachwidrig sei, auch das Urtheil ein Rechtsgeschäft zu nennen, so ist zu antworten, daß dieß zwar nicht sprachwidrig ist, aber auch nicht sprachüblich, und am allerwenigsten gelten für das Urtheil die gleichen rechtlichen Grundsätze, wie für das Rechtsgeschäft. Förster Preuß. Privatr. I S. 130 Note 3 sagt: das richterliche Urtheil sei eben ein Urtheil, keine Willenserklärung. Aber ist auch die Condemnation nichts als ein Urtheil und das Adjudicationserkenntniß überhaupt eines? S. auch Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 144. 2. Statt des Ausdrucks „Privatwillenserklärung" war in der 1. Auflage der Ausdruck „Willenserklärung einer Privatperson" gebraucht. Aber dieser Ausdruck trifft nicht die völkerrechtlichen Rechtsgeschäfte (welche Privatwillenserklärungen immerhin sind, da die Contrahenten in ihnen ein privates Interesse vertreten), und nicht einmal ganz die Rechtsgeschäfte der juristischen Personen. 3) Man darf die Definition des Rechtsgeschäfts nicht auf die eigenen Rechtsverhältnisse des Abschließenden beschränken: ein Rechtsgeschäft kann auch auf die Bestimmung der Rechtsverhältnisse Dritter gerichtet sein, wie z. B. das Vermächtniß einer dem Erblasser nicht gehörigen Sache. Wächter II S. 663 Note 4. 4) Das Rechtsgeschäft braucht auf die Entstehung ꝛc. von Rechten nicht unmittelbar gerichtet sein. Auch die Vollmacht z. B. ist ein Rechtsgeschäft, und doch wird durch die Vollmacht eine Veränderung in der Rechtswelt nicht unmittelbar hervorgebracht, sondern es wird durch sie nur eine Thatsache mit einer rechterzeugenden Kraft begabt, deren sie an und für sich entbehrt. 5) Ist der Begriff des Rechtsgeschäfts identisch mit dem Begriff Willenserklärung? Gewiß nicht. Die Willenserklärung kann auch auf die Hervorbringung eines factischen Erfolges gerichtet sein; das Rechtsgeschäft ist die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Willenserklärung. Das Rechtsgeschäft ist die Bethätigung der dem Privatwillen auf dem Rechtsgebiet zustehenden schöpferischen Kraft. Doch wird vielfach der Ausdruck Willenserklärung als gleich-

Die wichtigste Eintheilung der Rechtsgeschäfte ist die in einseitige und zweiseitige. Entweder nämlich kommt das Rechtsgeschäft zu Stande durch die Willenserklärung Eines; oder es bedarf zu dem Rechtsgeschäft der Willenseinigung Mehrerer; näher: der von dem Einem erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des Andern ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag[2]. Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet[3], nicht bloß im Obligationenrecht[4].

Außerdem werden die Rechtsgeschäfte unterschieden in lästige und wohlthätige[5], je nach dem sie für den Abschließenden eine Aufopferung enthalten (mag demselben ein Vortheil gegenüberstehen oder nicht), oder ihm lediglich einen Vortheil bringen. Ferner in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen[6]; letztere

---

geltend mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft gebraucht, und hiergegen ist auch, wo kein Mißverständniß zu fürchten ist, nichts einzuwenden. 6) Köppen a. a. O. will Rechtsgeschäft nicht die auf die Hervorrufung einer Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung genannt wissen, sondern nur eine solche, durch welche eine Rechtsänderung wirklich bewirkt werde. Deßwegen sei das Testament vor dem Tode des Erblassers kein Rechtsgeschäft; man dürfte in diesem Sinne auch nicht von einem nichtigen Rechtsgeschäft reden. Ich sehe von dieser Einengung des juristischen Sprachgebrauchs keine Vortheile, sondern nur Nachtheile.

[2] Pactio, conventio. L. 1 §. 2. 3 D. de pactis 2. 14; vgl. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12. Ueber den Begriff des Vertrags s. namentlich Böcking I §. 103 Note 12, Kuntze Inhaberpapiere §. 81. Vgl. übrigens auch Bekker Jahrb. d. gem. R II S. 116 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 382 fg.; dawider mit Recht Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 59 fg. Vgl. II §. 305 Note 2.

[3] Savigny III §. 140. 141, Unger II §. 93.

[4] Letzteres war die in früherer Zeit herrschende Ansicht. Sie hing damit zusammen, daß man nicht zwischen den verschiedenen Arten der Verbindlichkeiten unterschied, den Begriff der Verbindlichkeit mit dem der obligatio identificirte. Noch jetzt ist dieser Ansicht Vangerow (I §. 311 Anm. 4. §. 350 Anm. 1 Nr. 1, übrigens in der 7. Aufl. mit Beschränkung auf die „Verträge im eigentlichen Sinn"). S. dawider Arndts §. 63 Anm. 1.

[5] Andere sagen: entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte. In den Quellen ist die Rede von einem Erwerbe ex causa lucrativa (z. B. l. 13 §. 15 D. de A. E. V. 19. 1), freilich nicht auch von einem Erwerbe ex causa onerosa.

[6] Inter vivos—mortis causa, welche Ausdrücke quellenmäßig sind, s. z. B. l. 25 pr. D. de inoff. 5. 2 Vgl. Hasse Rhein. Mus. II S. 211—218.

sind diejenigen, welche bestimmt sind, die Rechtsverhältnisse des Erklärenden für die Zeit nach seinem Tode zu ordnen[6a].

Hervorzuheben sind endlich noch die Begriffe der Veräußerung und des Verzichts[7].

Von Veräußerung[8] wird in verschiedenem Sinne gesprochen. Im engeren und eigentlichen Sinne versteht man unter Veräußerung ein Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt[9]. Im weiteren Sinne spricht man von Veräußerung auch da, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne daß mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen Andern verbunden ist[10]. Die Veräußerung wird aber endlich auch in einem weitesten Sinne gefaßt, in welchem sie aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ganz ausscheidet; man versteht nämlich unter Veräußerung auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden[11]. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen[12].

---

[6a] Diese eigenthümliche Natur der Rechtsgeschäfte von Todeswegen wird besser durch den Ausdruck „von Todeswegen" oder „Todeshalber" als durch den sonst gebrauchten Ausdruck „auf Todesfall" bezeichnet. Vgl. übrigens III §. 675 Note 1. Seuff. Arch. XXVII. 41.

[7] Alienatio: renuntiatio.

[8] Savigny IV §. 145—148, Wächter II S. 638—643, Unger II S. 173—179.

[9] Der Uebertragung steht der Fall gleich, wo Jemand durch ein einem Andern bestelltes Recht sein Recht nur beschränkt, l. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[10] L. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat". Vgl. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

[11] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem". Dem ersten Theil der Stelle gibt eine engere Erklärung Savigny IV S. 567—570 (vgl. unten §. 182 Note 14). S. ferner l. 5 §. 6. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 §. 1 l. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Auch der Fall der Zahlungsannahme (Gai. II. 84, l. 15 D. de sol. 46. 3), welchen Wächter und Unger unter Num. 2 stellen, gehört hierher.

Verzicht[13] ist die Aufgabe eines Rechts schlechthin, also gleich Veräußerung in der zuvor angegebenen zweiten Bedeutung; im weiteren Sinne des Wortes wird aber auch die Erklärung, ein Recht, dessen Erwerb möglich ist, nicht erwerben zu wollen, unter dem Verzicht mit begriffen. Darüber was zu einem bindenden Verzicht gehöre, läßt sich eine durchgreifende Rechtsregel nicht aufstellen[14].

## B. Erfordernisse der Gültigkeit.

### Einleitung.

### §. 70.

Damit ein Rechtsgeschäft im Stande sei, die von ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen hervorzubringen, muß es gewisse Erfordernisse an sich tragen. Fehlt ihm eines derselben, so ist es ein ungültiges Rechtsgeschäft. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist unten näher zu handeln (§. 82); jedoch ist schon gleich hier zum Verständniß des Folgenden zu bemerken,

---

[12] So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Pupill ohne auctoritas tutoris nichts veräußern könne (l. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9, vgl. II §. 441 Note 6), keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräußern dürfe (l. 6 §. 4 D. quae in fr. cred. 42. 8, vgl. II §. 463 Note 7). Das Nichtunterbrechen einer bei Beginn der Ehe bereits laufenden Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken (l. 16 D. de fundo dot. 23. 5), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). S. auch l. 1 pr. in Verbindung mit l. 16 D. de fundo dot. 23. 5, und vgl. überhaupt Savigny IV Beil. IX, Bacher Arch. f. civ. Pr. XLVI. 8.

[13] Fritz im Arch. f. civ. Pr. VIII. 15 (1825). Gräbe die Lehre des Verzichtes (1843; s. darüber krit. Jahrb. f. d. RWissensch. 1845 S. 831—833). Bacher Jahrb. f. Dogm. V. 5 (1861). Savigny IV S. 544—547, Wächter II S. 643—650, Sintenis I S. 220—223, Unger II S. 179—188, Holzschuher I §. 12 Nr. 7—18.

[14] Doch läßt sich so viel sagen, daß regelmäßig zu einem bindenden Verzicht die bloße Willenserklärung des Verzichtenden nicht genügt. So ist beim Eigenthum körperliche Aufgabe (Dereliction) erforderlich (§. 191), in anderen Fällen Acceptation von der Gegenseite. Vgl. Brinz S. 1548 fg.

daß die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ist. Nichtigkeit: das Rechtsgeschäft erreicht die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht, so wenig als wenn es gar nicht abgeschlossen worden wäre; Anfechtbarkeit: das Rechtsgeschäft begründet an und für sich die von ihm beabsichtigte Wirkung, dieselbe wird an und für sich existent, aber es kann ihr entgegengetreten werden.

Ueber die Erfordernisse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist hier zunächst eine Uebersicht zu geben. Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden könne, ist nöthig, daß eine auf die Entstehung, Beendigung oder Umänderung eines Rechts gerichtete Privatwillenserklärung vorliege. Das Recht erkennt aber nicht die Willenserklärungen aller Personen an; es schreibt nicht allen Personen Handlungsfähigkeit zu (§. 71). Die Willenserklärung muß ferner die gehörige äußere Beschaffenheit haben (§. 72). Damit steht die Frage in Verbindung, ob die Willenserklärung auch durch dritte Person erfolgen könne (§. 73. 74). Wenngleich ferner die Willenserklärung von Außen betrachtet allen gesetzlichen Anforderungen genügt, so kann doch möglicherweise das Rechtsgeschäft deßwegen ungültig sein, weil die abgegebene Erklärung nicht dem wirklichen Willen entspricht (§. 75—77), oder weil der wirklich vorhandene Wille durch ungehörige Motive bestimmt worden ist (§. 78—80), oder weil der Inhalt desselben dem Rechte nicht genehm ist (§. 81). —

Wenn eine rechtliche Bestimmung ein Rechtsgeschäft verbietet oder für dasselbe Etwas verlangt, so hat die Verletzung der Bestimmung Ungültigkeit zur Folge, wenngleich die Ungültigkeit nicht ausdrücklich angedroht ist; es müßte denn die Rechtsbestimmung ausdrücklich eine andere, mit der Ungültigkeit nicht vereinbare, Folge ihrer Verletzung anordnen[1].

Ein Rechtsgeschäft, durch welches das Gesetz umgangen wird, ist in derselben Weise ungültig, wie das direct gegen das Gesetz verstoßende[2].

---

§. 70. [1] L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. I. in VI° 5. 12. Seuff. Arch. III. 258.

[2] L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, l. 5 C. cit.

## 1. Handlungsfähigkeit.

### §. 71.

Unter (juristischer) Handlungsfähigkeit versteht man die vom Rechte gewährte Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung; auf Rechtsgeschäfte angewandt[1] ist sie die Fähigkeit, durch Willenserklärung diejenige rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf deren Hervorbringung die Willenserklärung gerichtet ist. Diese Fähigkeit erkennt das Recht nicht in allen Personen an; anderen gesteht es sie nur in beschränktem Maße zu[2].

1. Vollständig spricht das Recht diese Fähigkeit ab den Wahnsinnigen (§. 54)[3]. Dieselben können durch ihre Willenserklärungen sich nicht nur nicht in eine ungünstigere, sondern auch nicht in eine günstigere Lage versetzen[4]. Das Recht hat hier die natürliche Thatsache anerkannt, daß bei den Wahnsinnigen im Grunde von einem Willen gar nicht geredet werden kann.

2. Dem Wahnsinn stehen gleich die Zustände vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit rc. rc. herbeigeführt werden können[5].

---

[1] Die Lehre von der Handlungsfähigkeit findet bei den Rechtsgeschäften §. 71. nicht ihre einzige, aber doch eine vorzugsweise wichtige Anwendung; zugleich hat sie gerade bei diesen eine besondere Ausbildung erfahren. Deßwegen erscheint es zweckmäßig, von der herrschenden Sitte abzuweichen, und sie zunächst für die Rechtsgeschäfte im Besonderen, nicht im Allgemeinen für Handlungen überhaupt darzustellen.

[2] Vgl. im Allgemeinen Savigny III §. 106—112.

[3] Reyscher über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII. 9 (1852). v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4] §. 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 §. 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est“. Vgl. Seuff. Arch. III. 139. In etwaigen lichten Zwischenräumen (v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III. 22) findet jedoch vollständige Handlungsfähigkeit Statt, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. emt. 4. 38. Nach neueren Gesetzgebungen fällt dieß weg, sobald eine gerichtliche Wahnsinnigkeitserklärung vorliegt. Arnold a. a. O. S. 49—52.

[5] L. 17 D. qui test. 28. 1. Ueber Trunkenheit vgl. Seuff. Arch. III. 4. 140, XIII. 140. Auch der höchste Grad des Zornes bringt Vernunftlosig-

3. Auch die Kinder im ersten Lebensalter ermangeln der natürlichen und deßwegen vollständig der juristischen Handlungsfähigkeit[6]. Diesen Zustand läßt das römische Recht bis zum vollendeten 7. Jahre dauern (§. 54).

4. Unerwachsene Personen, welche das Kindesalter zurückgelegt haben, sind nicht vollständig handlungsunfähig, aber sie sind in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, und zwar nach folgenden Regeln.

a) Geschlechtsunreife (§. 54) können ohne Mitwirkung ihres Vormundes ihre rechtliche Lage nicht verschlechtern; jedes darauf gerichtete Rechtsgeschäft, welches sie ohne Mitwirkung ihres Vormundes vornehmen, ist nichtig[7].

b) Geschlechtsreife Minderjährige (§. 54) können ohne Zustimmung ihres Vormundes kein Rechtsgeschäft abschließen, welches eine Veräußerung enthält; der Mangel der nöthigen Zustimmung hat auch hier Nichtigkeit zur Folge[8].

---

keit mit sich; der Zorn aber an und für sich ist kein Ungültigkeitsgrund. Die zu allgemein redende l. 48 D. de R. I. 50. 17 erhält ihr richtiges Verständniß durch l. 8 D. de div. 24. 2, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist. — Das OAG. zu Berlin hat in zwei Erkenntnissen aus den Jahren 1868 und 1870 auch die bloße Geistesschwäche als Grund der Handlungsunfähigkeit anerkannt. Seuff. Arch. XXV. 117.

[6] L. 1 §. 12. 13 D. de O. et A. 44. 7, §. 10 I. de inut. stip. 3. 19. Da die Kinder keinen wirklichen Willen haben, so kann auch durch Mitwirkung des Vormundes eine Willenserklärung derselben nicht hervorgebracht werden, l. 1 §. 2 D. de adm. 26. 7. Singuläre Ausnahme in l. 32 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Vgl. §. 155 Note 13.

[7] Pr. §. 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr. — §. 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1. Mitwirkung des Vormundes: auctoritas tutoris. Ueber die Erfordernisse derselben im Gegensatz des bloßen Consenses s. §. 2 I. de auct. l. 21, l. 9 §. 5. 6 l. 8 D. eod. 26. 8. Rudorff Recht der Vormundschaft II §. 126. Ihering Geist d. röm. R. III S. 146 (3. Aufl. S. 153) sieht den Grund, weßwegen der tutor unmittelbar bei dem Rechtsgeschäft mitwirken muß, lediglich in einer, später weggefallenen, Besonderheit des älteren Rechts. Vgl. übrigens auch II §. 442 Note 3. Testamente werden auch durch die Mitwirkung des Vormundes nicht gültig. (Ueber Erbverträge vgl. III §. 539 Note 1). Ebenso ist für die Ehe Geschlechtsreife absolutes Erforderniß.

[8] L. 3 C. de i. i. r. min. 2. 22. Es ist in dieser Stelle nur von Verkäufen die Rede, die Ausdehnung ihrer Vorschrift aber auf alle eine Veräußerung enthaltenden Rechtsgeschäfte (§. 69) unbedenklich. Die Ausnahme

c) Veräußerungen Minderjähriger, geschlechtsreifer oder geschlechtsunreifer, sind in gewissem Umfange auch dann nichtig, wenn sie ohne Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde abgeschlossen worden sind. Das Nähere darüber in der Lehre von der Vormundschaft (II §. 441. 442 a. E.)[8a].

d) Gegen jedes an und für sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft, welches in der Minderjährigkeit, gleich viel ob vor oder nach der Geschlechtsreife, abgeschlossen worden ist, kann der Minderjährige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren (§. 117)[9].[9a]

---

welche die Stelle für den minor sine curatore constitutus macht, ist heutzutage, wo Minderjährige nothwendig einen Vormund haben, unpraktisch. — Die früher herrschende, auch jetzt noch von Vielen festgehaltene Ansicht ging dahin, daß das römische Recht auch die Verpflichtungen, welche der Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes eingehe, für nichtig erkläre, gegen l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari", welche Stelle „offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein (will)" (Brinz S. 43). Vgl. über diese Streitfrage Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 12 (1829), Vangerow I §. 291 Anm. 2, und auf der anderen Seite Puchta §. 51. d und dazu Vorles. I S. 113—115, Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 6, Jhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 347 fg. Weitere Citate bei Vangerow a. a. O. Seuff. Arch. II. 270 a. E.; XXIV. 112. Nur in Ausnahmefällen hat der Mangel des Consenses des Curators nach römischem Recht Nichtigkeit der Verpflichtung des Minderjährigen allerdings zur Folge, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 26 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. dazu aber Rudorff zu Puchta Vorles. I S. 115 Anm. 6 und S. 114 Anm. 3, Brinz S. 44. Bechmann das römische Dotalrecht II S. 22—27, Czyhlarz das römische Dotalrecht S. 166—170.

[8a] Zustimmung der obervormundschaftlichen Behörde ohne Zustimmung des Vormundes genügt nicht: Seuff. Arch. II. 198.

[9] Dieß sind die römischen Grundsätze. Die heutige Anwendbarkeit derselben ist aber sehr bestritten. Von Vielen wird behauptet, daß es im heutigen Recht einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der impuberes und der der minores (abgesehen von Ehe und Testament) nicht mehr gebe, daß die minores in gleicher Weise wie die impuberes, zwar nicht an die Mitwirkung, aber doch an die Zustimmung ihrer Vormünder gebunden seien. In früherer Zeit war dieß sogar die herrschende Meinung (Glück XXX S. 54), und auch heutzutage wird sie noch von sehr achtungswerthen Stimmen vertreten, s. namentlich Kraut Vormundschaft II S. 97 fg., außerdem Savigny Zeitschr. f. geschichtl. RW. X S. 295—297, Seuffert Pand. §. 257. 502, Sintenis I §. 17 Anm. 32 u. III §. 145 Anm. 1, Arndts §. 452 Anm. 1, Gerber deutsch. Privatr. §. 244, Beseler deutsch. Privatr. §. 146, Stobbe deutsch Privatr. §. 40. Aber ebenso wenig fehlt es und hat es von

5. Interdicirte Verschwender[9b] stehen den Geschlechtsunreifen gleich; die Willenserklärungen, welche auf eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Lage gerichtet sind, sind ohne Zustimmung ihres Vormundes nichtig[10], und auch die Zustimmung der Obervormundschaft zu ihren Veräußerungen ist in demselben Maße erforderlich, wie bei Geschlechtsunreifen (II §. 446 Note 7).

6. Für Personen, welche aus anderen Gründen, als den bisher genannten, unter Vormundschaft gestellt sind, gilt in Betreff ihrer Veräußerungen das Gleiche, wie für Unerwachsene; im Uebrigen ist ihre Handlungsfähigkeit nicht beschränkt (II §. 446 Note 3. 5. 6. 7).

7. Bei juristischen Personen kann ihrem Begriffe nach von Handlungen keine Rede sein; es können ihnen nur die Handlungen anderer Personen als ihre Handlungen angerechnet werden (§. 59).

---

jeher gefehlt an Dissentienten, s. Glück XXX S. 55 fg. 69 fg. 476 fg., Rudorff Recht der Vormundsch. I S. 114 fg., und II S. 291, Göschen Vorl. über das gemeine Civilr. II. 2 §. 429, Puchta §. 334, Vangerow I §. 291 Anm. 2 a. E., Brinz S. 45, Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 319, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 428. Ihr Hauptargument nimmt die erste Meinung aus der Bestimmung der R. P. O. (1548 Tit. 31 §. 1. 1577 Tit. 32 §. 1) über die Nothwendigkeit der Vormundschaft für minores; aber mehr enthält dieselbe doch auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, nicht. Für diese erste Meinung Seuffert II. 270, III. 311, XI. 25, XIII. 241; was speciell Erbverträge angeht: I. 243, V. 202. Ein Verlöbniß erkennen als nicht nichtig an: XVI. 172, XXV. 133. S. noch XX. 25.

[9a] Unerwachsene unter väterlicher Gewalt: Kraut II §. 108; Seuff. Arch. III. 334, VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

[9b] Vgl. II §. 446 Note 4. — Beginnt die Wirkung der Interdiction schon mit der Zustellung des Interdictionsdecrets an den Interdicirten, oder erst mit der öffentlichen Bekanntmachung? Für das Erstere: Seuff. Arch. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10, XXV. 118; für das Letztere: das. XIX. 115, Sintenis III S. 288 Anm. 19. — Unzulässigkeit freiwilliger Entmündigung: Seuff. Arch. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125.

[10] L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 §. 7 D. de R. C. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Von den Testamenten der Verschwender gilt dasselbe, wie von den Testamenten Geschlechtsunreifer. Seuff. Arch. II. 309. Vgl. II §. 446 Note 4, und überhaupt die in Note 3 angeführte Schrift von v. Arnold.

## 2. Form der Willenserklärung.

### §. 72.

Zur Gültigkeit der Willenserklärung gehört ferner, daß sie die gehörige äußere Beschaffenheit habe. Ist für die Willenserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben[1], und diese Form ist nicht beobachtet, so ist die Willenserklärung nichtig[2]. Die hauptsächlichsten Formen, welche im gemeinen Recht für die Gültigkeit der Willenserklärungen erfordert werden, sind: Zuziehung von Zeugen[3], schriftliche Aufzeichnung, Beurkundung durch das Gericht[4]. Es kommt auch vor, daß Bestätigung des Gerichtes[5] oder gar des Landesherrn verlangt wird. — Ist eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht vorgeschrieben[6], so kann die Willenserklärung in jeder beliebigen Weise gemacht werden. Es ist in diesem Falle sogar nicht nothwendig, daß die Willenserklärung ausdrücklich gemacht werde, d. h. durch Aeußerungen, welche keine andere Bestimmung haben, als die, diesen Willen zu erklären[7]. Sondern es genügt

---

[1] Ueber die Bedeutung der Form im Allgemeinen und im römischen Recht im Besonderen, und über den Werth derselben, s. außer Savigny III §. 130 vor Allem die treffliche Abhandlung von Ihering Geist d. röm. R. II §. 45—47 (1858), welche übrigens nicht bloß auf Rechtsgeschäfte Rücksicht nimmt. Vgl. auch v. Völderndorff die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

[2] Es ist aber von der Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter Form errichtet werden müsse, zu unterscheiden die Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft nur durch gewisse Beweismittel, z. B. Urkunden, solle bewiesen werden können. Im Zweifel ist nicht das Letztere als der Sinn einer Formvor-

[3] Ueber den Unterschied zwischen Solemnitäts- und Beweiszeugen s. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 293—295, Unger II §. 90 Note 13.

schrift anzusehen. Vgl. II §. 312 zu Note 10.

[4] Dafür haben die Quellen den Ausdruck: actis, gestis insinuare (acta, gesta = das Gerichtsprotokoll). Auch heutzutage spricht man noch von gerichtlicher Insinuation oder Insinuation schlechthin.

[5] In diesem Falle muß das zuständige Gericht thätig werden, während die bloße Beurkundung durch jedes Gericht geschehen kann. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 299—302.

[6] Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose — dem Sprachgebrauche gemäß, und deßwegen nicht weniger mit Recht, weil auch sie, wie jedes Ding, eine äußere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat.

auch eine stillschweigende Willenserklärung[8], d. h. der Wille wird als gehörig an den Tag gelegt angesehen, wenn ein Benehmen (Thun oder Unterlassen) vorliegt, aus welchem auf das Vorhandensein des Willens ein sicherer Schluß gezogen werden kann[9]. Wann dieß der Fall sei, darüber lassen sich nähere Regeln nicht angeben; es ist auf die Umstände des einzelnen Falles zu sehen. Auch Schweigen kann unter Umständen als genügender Willensausdruck anzusehen sein[10]. — Eine ausdrückliche Erklärung, durch welche

---

[7] Eine ausdrückliche Willenserklärung kann nicht bloß durch Worte gemacht werden. Geberden: l. 52 §. 10 D. de O. et. A. 44. 7, l. 21 pr. D. de leg. III° 32. Ausstreichung einer Vermächtnißverfügung: III §. 640 Note 3. 4.

[8] Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Kori Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in rechtlichen Geschäften (1817). Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 270—311 (1866). S. außerdem Savigny III §. 131. 132, Unger II §. 85, Holzschuher I §. 36 Nr. 2, Schliemann Lehre vom Zwange (1861) §. 12.

[9] L. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat". L. 95 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis". L. 5 D. ratam rem. 46. 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem". Andere Beispiele in: §. 7 I. de her. qual. 2. 19, l, 20 D. de A. v. O. H. 29. 2 — l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 14 C. de solut. 8. 43 — l. 13 §. 11 D. loc. 19. 2 — l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2 — l. 37 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Seuff. Arch. IV. 8. Eine stillschweigende Willenserklärung kann auch in einer ausdrücklichen Willenserklärung liegen. So liegt z. B. in der Entlastung eines Erbschaftsschuldners die Erklärung des Antritts der Erbschaft. — Von stillschweigender Willenserklärung spricht man aber auch in einem ganz anderen Sinn, indem man darunter eine ausdrückliche Willenserklärung versteht, welche in eine andere eingekleidet ist. So liegt in der translatio legati eine „tacita ademtio", l. 5 D. de adim. 34. 4. Vgl. auch III §. 625 Note 17. §. 635 Num. 2.

[10] Das c. 43 de R. I. in VI°, welches zu allgemein sagt: „qui tacet consentire videtur" wird durch die unmittelbar folgende Stelle (c. 44 eod.) corrigirt: „is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur". Letztere Stelle wiederholt dem Inhalt nach die l. 142 D. de R. I 50. 17. Fälle, in welchen die Quellen in dem Schweigen eine stillschweigende Willenserklä-

sich Jemand dagegen verwahrt, daß in seinem Benehmen eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werde, nennt man eine Protestation — speciell eine Reservation, wenn sie den Zweck hat, den Schluß auf einen Verzicht abzuweisen[11].[12]

---

rung finden, s. in l. 7 §. 1 l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adopt. 1. 7, l. 12. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 D. de aqua 39. 3, l. 6 C. de rem. pign. 8. 26. Vgl. Seuff. Arch. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80, XXV. 123. Kierulff Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 22. — Dernburg Preuß. Privatr. I S. 172: „Schweigen ist in dem Fall Zustimmung, wenn nach der öffentlichen Meinung, insbesondere aber nach der Auffassung der Berufs- und Standesgenossen, ein vernünftiger und ehrlicher Mann eine Ablehnung ausgesprochen hätte, falls er nicht einverstanden gewesen wäre." Vgl. auch Schott der obligat. Vertrag unter Abwesenden S. 90 fg.

[11] Beispiele: l. 20 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 14 §. 7. 8 D. de relig. 11. 7, l. 4 §. 1 D. quib mod. pign. 20. 6, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; l. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12 D. de evict. 21. 2. — Die Protestation ist aber nur dann wirksam, wenn die betreffende Handlung eine andere Auslegung als die abgelehnte möglicherweise zuläßt, nicht die s. protestatio facto contraria. So würde z. B. eine Protestation in den Fällen der l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (vgl. l. 2 §. 6 D. de doli exc. 44. 4) und l. 5 D. ratam rem 46. 8 unwirksam sein. Vgl. Seuff. Arch. III. 315, XXVI. 142.

[12] Es kommt im römischen Recht auch vor, daß rechtliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf einer Willenserklärung beruhend. In dieser Weise werden z. B. die gesetzlichen Pfandrechte (vgl. namentlich Dig. 20. 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) behandelt. So wird ferner der Satz, daß, wenn die Tochter wahnsinnig sei, der Vater die an sie gefallene Dos auch ohne ihre Einwilligung einziehen könne, in l. 2 §. 2 D. sol. matr. 24. 3 so ausgedrückt: da die Tochter nicht widerspreche, sei sie als einwilligend anzusehen. Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; vgl. Savigny III §. 133 (der aber auch Fälle hierher zählt, welche nicht hierher gehören, bei welchen entweder die Quellen den bezeichneten Gesichtspunkt nicht anlegen [s. l. 85 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 13], oder in denen eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt [l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. quib. mod. pign. 20 6]). Besser gibt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf sie gelegt wird. Vgl. auch Böcking I §. 118 Anm., Unger §. 85 Note 17, Burckhard a. a. O. S. 305—311.

## 3. Willenserklärung durch Andere*.

### §. 73.

Die Erklärung des Willens kann, insofern die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch einen Andern erfolgen[1]. Wenigstens ist dieß die Regel; eine Ausnahme findet namentlich beim Testamente Statt.

Mit dem Gesagten ist gemeint, daß Jemand den Willen, welchen er hat, durch einen Andern erklären kann, daß ein Rechtsgeschäft nicht deßwegen ungültig ist, weil Wille und Erklärung auf verschiedene Personen auseinandergehen. Es entsteht aber die Frage, ob ein Rechtsgeschäft durch die Mitwirkung eines Dritten gültig auch in der Weise zu Stande kommen kann, daß die in dem Rechtsgeschäft abgegebene Erklärung den eigenen Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt, mit der hinzugefügten Bestimmung, daß das Rechtsgeschäft nicht als von dem Erklärenden, sondern als von einem Andern abgeschlossen rechtlich in Betracht kommen solle[2]. Diese

* Mühlenbruch Cession §. 5. 9—14 (3. Aufl. 1836). Savigny III §. 113 (1840). Ruhstrat Arch. f. d. Praxis des Oldenb. Rechts I S. 10 fg. (1843). Ders. Arch. f. civ. Pr. XXX. 12 (1847). Wächter II §. 88 (1851). Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852), dazu Brinz krit. Blätter Nr. 2 (1852) und Dernburg Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 1 fg. (1853). Savigny Obligationenrecht II §. 54—56 (1853). v. Scheurl krit Ueberschau I. 14 (1853). Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Vangerow III §. 608 Anm. (1856). Kuntze die Obligation &c. S. 264—301 (1856). Jhering Jahrb. f. Dogm. I. 7 (1857). Unger II §. 90 (1857). v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II. 1. (1858). Jhering das. II. 3 (1858). Sintenis I S. 145—147. II §. 102 (1860. 1861). Laband Zeitschr. f. Handelsr. X. 4 (1866). Brinz Lehrb. §. 366—373 (1871). Vgl. auch Gareis Verträge zu Gunsten Dritter S. 1 fg. (1873).

§. 74. [1] L. 2 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 3 l. 15 D. de pec. const. 13. 5. Ueber den Unterschied zwischen dem „Boten (nuntius)" und dem „Stellvertreter" s. Jhering I S. 274 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 295. 299, Laband a. a. O. S. 189—193, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 39, Platner Arch. f. civ. Pr. L S. 229 fg., Schliemann Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 1 fg. (dazu Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 70 fg.). S. auch Note 16 z. A.

[2] Man drückt diese Frage gewöhnlich so aus: ist bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig? Im Texte ist dieser Ausdruck der Frage vermieden worden, weil eine Stellvertretung auch da vorliegt, wo Jemand Organ der

Frage hat das römische Recht im Principe verneint[3], indem es den Ausweg eröffnet, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und zunächst mit Wirkung für sich selbst vornehme, hinterher aber die für ihn entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf den Principal übertrage[4], wobei es unter Umständen in der Weise zur Hülfe kommt, daß es den Uebertragungsact

Aeußerung eines fremden Willens ist; derselbe ist nur nicht Vertreter in Betreff des Willens, sondern Vertreter in Betreff der Erklärung des Willens. Wenn ich in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs hinzugefügt habe, daß Stellvertretung auch da vorhanden sei, wo Jemand, welcher die Geschäfte eines Anderen führt, in Folge und auf Grund dieser Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäfte selbst als Stellvertreter hervorzutreten, also auf eigenen Namen und für sich, sich vorbehaltend, die dadurch erzeugten Wirkungen später auf den Principal zu übertragen (s. das im Text sogleich Folgende), in welchem Falle Andere von einer mittelbaren oder unvollkommenen Stellvertretung reden, so gestehe ich jetzt zu, daß der Sprachgebrauch die Erstreckung des Ausdrucks Stellvertretung auch auf diesen Fall weniger nahe legt, jedenfalls nicht aufdrängt. Ich möchte daher auch nicht mehr aufrecht erhalten, was ich früher geäußert habe, daß der Begriff der Stellvertretung ein zu allgemeiner sei, um juristisch verwerthet werden zu können, um so weniger, als die Erfahrung, namentlich beim Lehrvortrag, mir gezeigt hat, daß der Ausdruck Stellvertretung sich in der Rechtssprache nur schwer entbehren läßt. Ich unterscheide daher jetzt, indem ich den Fall der s. g. mittelbaren oder unvollkommenen Stellvertretung aus dem Begriff der Stellvertretung ausscheide, zwischen Stellvertretung in der Erklärung und Stellvertretung im Willen. — Auch der Erwerb und die Verpflichtung der Gewalthaber durch die ihrer Gewalt Unterworfenen hat man in den Begriff der Stellvertretung hineingezogen, obgleich hier der Handelnde nicht, oder nicht nothwendig, die Absicht hat, eine Wirkung für einen Andern hervorzubringen. Die früher in der Lehre von der Stellvertretung herrschende Verwirrung ist dadurch nur gesteigert worden. Vgl. Note 6—9, übrigens auch Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 132 fg. — Um die Reinigung des Begriffs der Stellvertretung haben sich namentlich verdient gemacht Brinz, Scheurl, Ihering an den oben genannten Orten.

[3] L. 6 C. si quis alteri 4. 50. — „Si . . ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesiisti, dum quae tibi non vis nec illi potes“.

[4] Es ist klar, daß ein anderer Ausweg noch näher gelegen haben würde, der, daß der Vertreter zwar in *eigenem* Namen handelte, aber mit der Bestimmung, daß seine Handlung nicht für ihn, sondern für den Andern, den er vertreten wollte, *Wirkung* haben solle. Aber diesem Auswege stellte sich ein anderes Princip des römischen Rechts entgegen, wonach nur diejenige Willenserklärung (unter Lebenden) anerkannt wird, welche auf die Erzeugung

für überflüssig erklärt und auch ohne denselben die Rechte und Verbindlichkeiten als übergegangen annimmt[5]. Das römische Recht ist aber nicht im Stande gewesen, das aufgestellte Princip ohne Ausnahmen durchzuführen. Eine solche Ausnahme liegt zwar nicht in dem Erwerbe der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[6]; hier wird das bezeichnete Princip durch ein anderes Princip durchbrochen, kraft dessen die Erwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen nach rechtlicher Nothwendigkeit, also auch wenn die Gewaltunterworfenen es nicht wollen, als Handlungen der Gewalthaber gelten[7]. Eine solche Ausnahme liegt auch nicht in der unter Umständen eintretenden Verpflichtung der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen[8]; auch hier handelt es sich nicht um Handlungen, welche als Handlungen eines Andern gelten wollen, sondern um Handlungen, welche Jemand in eigenem Namen vornimmt, denen aber das Recht außer für ihn auch Wirkungen für einen Andern beilegt[9]. Eine solche Ausnahme liegt aber namentlich[10] in der zugelassenen Möglichkeit des Erwerbes des Besitzes, und dadurch des Eigenthums für einen Andern[11], so wie darin,

---

von rechtlichen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet ist. L. 1 C. per quas pers. 4. 27. „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est". L. 11 D. de O. et A. 44. 7. Freilich ist auch dieses Princip so wenig wie das andere ausnahmslos durchgeführt worden. S. II §. 316 Num. 2.

[5] Vgl. II §. 313 Note 2, II §. 442 Note 2, II §. 482.

[6] Ulp. XIX. 18, Gai. II. 86—90, pr. §. 3 I. per quas pers. 2. 9.

[7] §. 4 i. f. 13 I. de inut. stip. 3. 19; vgl. l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2. Doch ist es dem Gewaltunterworfenen, welcher dem Rechte Mehrerer unterworfen ist, nach gewissen Grundsätzen gestattet, durch seinen Willen den Erwerb auf eine Person zu lenken, welcher er nach der Rechtsregel nicht oder nicht allein zufallen würde. Vgl. l. 5. 22. 32. 39 D. de stip. serv. 35. 3 und Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 34 Anm. 2.

[8] Gai. IV. 69—74, tit. I. quod cum eo 4. 7.

[9] S. II §. 482—484.

[10] Ueber einen anderen wichtigen hierher gehörigen Fall s. II §. 313 Note 3.

[11] Auch diese Möglichkeit ist erst allmälig anerkannt worden, vgl. l. 41

daß für einen Andern unter Umständen ein Pfandrecht erworben[12] und eine Erbschaft angetreten werden kann[13]. Trotz dieser Ausnahmen hat das Princip selbst im Justinianischen Rechte noch seine volle Geltung behalten[14]. Dagegen gilt es im heutigen

---

D. de usurp. 41. 3 mit l. 1 C. de acq. poss. 7. 32. Was den Eigenthumserwerb angeht, s. §. 5 I. per quas pers. 2. 9, l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Zunächst lag doch auch in der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen freien Vertreter keine Ausnahme von dem aufgestellten Princip. Denn derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreift, vertritt denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem factischen Haben der Sache; er ist Organ nicht des Willens des Andern, sondern seiner factischen Beherrschung der Sache. (Allerdings bringt der Vertreter in der Besitzergreifung auch einen eigenen Willen zum Ausdruck; aber dieser Wille ist nur Moment der thatsächlichen Herrschaft des Vertretenen, dieser hat die thatsächliche Herrschaft über die Sache deßwegen, weil der Vertreter die Sache zu seiner Verfügung haben will, nicht aber wird der Besitzwille des Vertreters dem Vertretenen als sein Willen angerechnet. Mißverständlich Hauser Stellvertretung im Besitze S. 15 Note 9 und die daselbst Citirten. Vgl. auch Brinz S. 1599 fg. 1605 fg.) Ebenso läßt sich sagen, daß auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigenthumserwerb der Vertreter, welcher zu dem, was er thut, speciell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Anderen erklärt, sondern nur Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist. Aber weder die eine noch die andere Auffassung ist da möglich, wo der Auftrag des Vertretenen so allgemein ist, daß der Vertreter in der Besitzergreifung und dem Eigenthumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführt, oder wo der Vertretene gar willenlos, Kind, wahnsinnig, juristische Person 2c. ist. In diesen Fällen wird in der That eine Erklärung des Willens des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen rechtlich angesehen. Vgl. §. 155 Note 10.

[12] Nach Justinian's Bestimmung in l. 2 C. per quas pers. 4. 27. Nach dieser Stelle ist l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7 interpolirt („plerumque“, „semper“). Auch l. 21 pr. D. de pign. 20. 1 hält man für interpolirt; vgl. aber auch Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 214, Dernburg Pfandr. I S. 204, v. Scheurl krit. VJSchr. II S. 444, Schmid Cession I S. 426 fg., Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 6 Note 8.

[13] Namentlich bei der bonorum possessio. Man versteckte sich hier hinter den Namen, um dem Bedürfniß des Lebens gerecht werden zu können. Das Nähere im Erbrecht (III §. 596 Note 11). — S. auch l. 22 D. de manum. vind. 40. 2.

[14] Nach einer namentlich von Savigny (s. besonders Obligationenrecht II S. 42 fg.) vertretenen Ansicht steht die Sache im Justinianischen Rechte so, daß bei allem naturalen Erwerb (welchen Savigny mit dem formlosen identificirt) Stellvertretung (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zugelassen

Rechte nicht mehr; es ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt. Für das heutige Recht bildet es umgekehrt die Regel, daß Rechtsgeschäft durch einen Andern auch in der Weise abgeschlossen werden können, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt. Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Anderen handele[15], hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß (§. 74) nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung[15a], für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche, als hätte dieser die Willenserklärung selbst abgegeben[16]. Von der anderen Seite[16a] ist

---

sei, nicht aber bei dem civilen. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „Ea quae civiliter acquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiritur“. Nach meiner Meinung ist aber in dieser Stelle nicht von dem Gegensatz zwischen ius civile und ius naturale, sondern von dem Gegensatz zwischen Recht und Thatsache die Rede; der Erwerb des Besitzes für einen Andern ist Begründung einer Thatsache für denselben, nicht Begründung eines Rechtes. Vgl. Note 11 und §. 148 Note 12. Diese Erklärung ist auch schon von Anderen aufgestellt worden, s. Mühlenbruch Cession Seite 44 Note 71, Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 36, Wächter II S. 677. Puchta (Inst. II §. 203. n. Vorles. zu Pand. §. 52), welcher sich ebenfalls gegen Savigny erklärt hat, beseitigt die Stelle auf eine sehr willkürliche und doch nicht genügende Weise.

[15] Ob er aber dann sagt, z. B. ich kaufe im Namen meines Principals, oder ich kaufe für meinen Principal, oder einfach ich kaufe, ist gleichgültig. Indem er sich bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als Vertreter zu erkennen gibt, hat er hinlänglich an den Tag gelegt, daß er seine Willenserklärung rechtlich nicht als die seinige, sondern als die des Principals angesehen wissen will. Ruhstrat a. a. O. (1854) S. 45—50, Laband a. a. O. S. 214—217, Brinz Lehrb. S. 1613. 1625—1626. Seuff. Arch. XXVI. 8. 63, XXVII. 125. Unterzeichung des Vertrages mit dem Namen des Principals: Seuff. Arch. XXVII. 26.

[15a] Vgl. jedoch Seuff. Arch. XIX. 231.

[16] Das Gewohnheitsrecht, auf welches dieser Satz im Texte gegründet worden ist, wird bewiesen durch die Anführungen bei Buchka S. 121 fg. 158 fg. und einen Blick anf das heutige Verkehrsleben. S. auch Seuff. Arch. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240, XXIII. 126. Vgl. c. 68. 72 de R. I. in VI° 5. 13, c. 24 de praeb. in VI° 3. 5, c. 2 de usur. in VI° 5. 15. HGB. Art. 52 (II §. 313 Note 4). 298. 230. 241. Nicht beizutreten ist der Art und Weise, wie Savigny (Obligationenrecht II §. 56. 57) den bezeichneten Satz aus dem römischen Recht

es thatsächlich immer der Wille des Vertreters, welcher erklärt wird, und daher ist nicht nur die Frage, ob der erklärte Wille wirklich vorhanden ist, aus seiner Person und nicht aus der des Vertretenen zu beantworten[17], sondern auch bei der ferneren Beurtheilung der

---

selbst herzuleiten versucht hat. Savigny beruft sich auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, nach welcher im Justinianischen Recht die Stellvertretung nur noch bei der heutzutage unpraktischen Stipulation ausgeschlossen sei — s. darüber Note 14, — sowie auf die bereits im römischen Recht zugelassene Abschließung eines Rechtsgeschäftes durch Boten (nuntii), indem er den Begriff des Boten auf alle Fälle des Handelns im Namen eines Dritten ausdehnt; gegen das Letztere ist (abgesehen von Anderem, vgl. Thöl Handelsrecht I S. 147—149) die Bemerkung genügend, daß der Principal auch willensunfähig sein kann. — Es wird aber der im Texte aufgestellte Satz nicht von allen Schriftstellern anerkannt, und namentlich für obligatorische Rechtsgeschäfte von Vielen behauptet, daß durch dieselben auch heutzutage noch zunächst und unmittelbar der Vertreter berechtigt und verpflichtet werde, s. Puchta §. 52. 273 und dazu Vorles., Vangerow III S. 314—316 (7. Aufl. S. 293—295), Kuntze a. a. O., v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II S. 27, Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 288, Zaun Arch. f. prakt. RW. N. F. I S. 32—50, vor Allem aber Thöl Handelsrecht I §. 25 Anm. 2. Der Grundgedanke der Thöl'schen Polemik ist, daß der Contract des Einen nicht der Contract des Andern sein könne. Gewiß kann die Thatsache, daß A. contrahirt hat, nicht die Thatsache sein, daß B. contrahirt hat, aber darum handelt es sich hier auch nicht. Es handelt sich darum, daß der Contract des Einen als der Contract des Andern gedacht, vorgestellt (wie man sich gewöhnlich ausgedrückt, fingirt [§. 87 a. E.]) werde, daß der Contract des Einen dem Andern als sein Contract angerechnet werde. Nicht anders behandelt das römische Recht die Erwerbshandlungen des Gewaltunterworfenen, welcher „patris vel domini voce loqui videtur", §. 13 I. de inut. stip. 3. 19. Ebenso §. 4 eod.: — „filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt". Ferner l. 42 D. de damno inf. 39. 2. „Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro parjibus stipularentur". Daher: „Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei, cuius est in potestate, *neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem acquiritur*", l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2. (A. M. Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 142 fg.) Vgl. noch II §. 313 Note 4.

[16a] Vgl. zum Folgenden Buchka a. a. O. S. 237 fg., Dernburg a. a. O. S. 17 fg. und Preuß. Privatr. I S. 214, Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 269— 276, Kuntze a. a. O. S. 285, Sintenis I S. 147. II S. 363. 370, Laband a. a. O. S. 224—229, Brinz Lehrb. S. 1611 fg.

[17] Wenn z. B. der Vertreter sich in einem wesentlichen Irrthum befindet (§. 76), so ist die Willenserklärung auch für den Vertretenen nichtig, wenn-

Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung, so weit dabei Regeln zur Anwendung kommen, die einen gewissen Zustand des Innern des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben[18], auf seine und nicht des Vertretenen Person zu sehen[19].

---

gleich dieser den Irrthum nicht theilt, d. h. das von dem Vertreter Erklärte wirklich will. Er hat seinen Willen nicht erklärt, der Vertreter das Erklärte nicht gewollt. Vgl. l. 12 D. de contr. emt. 18. 1.

[18] Wenn der Vertreter bei einem Kauf den Fehler der gekauften Sache kennt, so hat der Vertretene wegen des Fehlers keinen Anspruch, wenngleich derselbe ihm unbekannt war. Vgl. l. 51 pr. D. de aed. ed. 21. 2; auch l. 12 D. de contr. emt. 18 und l. 16 §. 3 D. de lib. causa 40. 12 (über l. 17 eod. s. Mühlenbruch Cession S. 127, Buchka S. 60, Schmid Cession II S. 187—189. 399, Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 121). Ist der Vertreter zu der Willenserklärung durch Zwang oder Betrug bestimmt worden, so ist sie auch für den Vertretenen ungültig, obgleich derselbe nicht gezwungen oder betrogen worden ist. S. ferner l. 30 §. 7 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 4 §. 17 D. de doli exc. 44. 4, andererseits freilich auch l. 2 D. de litig. 44. 6 (darüber Mühlenbruch Cession §. 13 Note 258, Buchka S. 15, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 290, Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 122. 130). S. noch Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 12. Seuff. Arch. XXV. 93. 119, XXVII. 126. — Dagegen ist in allen anderen Beziehungen die Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen, und nicht aus der Person des Vertreters. So ist die Willenserklärung für den Vertretenen nicht ungültig, wenn der Vertreter minderjährig ist (vgl. l. 7 §. 2 D. de inst. act. 14. 3 — anders wenn derselbe wahnsinnig ist, denn dann liegt gar nicht die Erklärung eines Willens vor). Wäre etwa für den Vertreter eine Form vorgeschrieben, nicht für den Vertretenen, so bedürfte die Willenserklärung einer Form nicht, und ebenso umgekehrt, u. s. w. Nur ist, was die Frage nach der Handlungsfähigkeit des Vertretenen angeht, zuzusehen, ob nicht nach dem Willen des Rechts gerade durch die ihm zugeordnete Vertretung seine Handlungsunfähigkeit gehoben werden soll.

[19] Möglicherweise freilich kann es auch zugleich auf den Zustand des Inneren des Vertretenen ankommen, und es ist dieß wirklich der Fall, wenn derselbe zum Abschluß des Rechtsgeschäfts einen speciellen Auftrag gegeben hat. Wenn er z. B. Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache in Kenntniß ihrer Fehlerhaftigkeit gegeben hat, so kann er aus ihrer Fehlerhaftigkeit einen Anspruch nicht erheben, wengleich dieselbe dem Vertreter unbekannt war. Ebenso ist das von dem Vertreter ohne Zwang oder Verleitung durch Betrug abgeschlossene Rechtsgeschäft für den Vertretenen ungültig, wenn Zwang oder Betrug angewendet worden sind, um ihn zur Ertheilung des Auftrags zu bestimmen. Vgl. l. 51 pr. i. f. D. de aed. ed. 21. 1, l. 13 D. de contr. emt. 18. 1, l. 16 §. 3. 4 D. de lib. causa 40. 12; l. 2 D. de litig. 44. 6 (s. Note 18).

## §. 74.

Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines Anderen abzuschließen kann begründet sein: 1) in einem öffentlichen Amte, z. B. der Vormundschaft; 2) in der Verfassung einer juristischen Person; 3) in einer von dem Geschäftsherrn ertheilten Vollmacht[1]. Der Umfang der Vollmacht muß, wo er zweifelhaft ist, durch Auslegung bestimmt werden[2]. Die Vollmacht bindet den Vollmachtgeber nicht, sie kann frei zurückgenommen werden; ebenso verliert sie ihre Kraft durch den Tod oder eintretende Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers[2a].

Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein, so kommt es darauf an, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt[3], oder nicht.

---

[1] Die Römer bezeichnen die Vollmacht mit dem nämlichen Ausdruck, mit welchem sie den Auftrag bezeichnen (mandatum), s. z. B. l. 42 §. 2 D. de proc. 3. 3. Unsere Rechtssprache ist reicher; Auftrag bezeichnet, daß Einer für einen Andern etwas thun muß, Vollmacht, daß Einer für einen Andern etwas zu thun die rechtliche Macht hat. Allerdings kann in dem Auftrage zum Vollzuge eines Rechtsgeschäftes auch eine Vollmacht liegen; aber es ist dieß nicht nothwendig der Fall: der Auftrag kann auch darauf gerichtet sein, daß der Beauftragte für sich handeln solle. Ebenso kann es eine Vollmacht geben ohne Auftrag. Vgl. hierzu Laband (§. 73*) S. 203 fg., Ladenburg Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 72 fg. — Die Vollmacht braucht übrigens nicht auf ein Handeln im Namen des Vollmachtgebers zu gehen. Ich kann z. B. Jemanden auch bevollmächtigen, meine Sache in eigenem Namen zu veräußern. §. 74.

[2] Die Unterscheidung der Vollmacht in eine generelle und specielle hilft dabei nicht; es sind dieß rein relative Begriffe: eine Vollmacht ist generell oder speciell, je nach dem sie genereller oder specieller ist, als eine andere. Ueber die Auslegung einer Vollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens s. l. 58. 60. 63 D. de proc. 3. 3, l. 11 §. 7 l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. D. de don. 39. 5, l. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, c. 4 de proc. in VI° 1. 19. Vgl. Sintenis II S. 570—575. Ueber die Bevollmächtigten des HGB. s. Laband a. a. O. S. 218 fg., Ladenburg a. a. O.

[2a] L. 48 D. de A. v. O. H. 29. 2; l. 2 §. 6 D. de don. 39. 5, l. 41 D. de R. C. 12. 1; l. 4 pr. D. de manum. vind. 40. 2; l. 12 §. 16 l. 26 pr. §. 1 D. mand. 17. 1; l. 25 §. 14 l. 47. 50 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[3] Ratum habere, ratihabitio. Von Genehmigung und ratihabitio wird übrigens nicht bloß bei Rechtsgeschäften, welche ein Anderer in unserem Namen abgeschlossen hat, gesprochen (s. §. 81 Note 8, §. 83 Note 4. 8), ferner nicht

Bis sich dieß entscheidet, befindet sich das Rechtsgeschäft in dem Zustand der Schwebe; seine rechtliche Wirkung ist nicht negirt, sondern suspendirt[4]. Erfolgt die Genehmigung, so wird dadurch der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters ersetzt,

bloß bei Rechtsgeschäften (vgl. z. B. l. 1 §. 14 D. de vi 43. 16, l. 13 §. 6 D. quod. vi aut clam 43. 24); genehmigen heißt im Allgemeinen: eine (fremde) Handlung billigen, gutheißen. Von der Genehmigung überhaupt handeln außer den Inauguraldissertationen von Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864, vgl. krit. VJSchr. VI S. 414—416): Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht I Nr. 4 (1814), Beckhaus über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1859), L. Seuffert die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868, darüber Regelsberger krit. VJSch. XI S. 361 fg.), G. Polignani la dottrina della Ratihabitio (1869, darüber Windscheid krit. VJSchr. XII S. 152 fg.). Vgl. über diese schwierige und bestrittene Lehre außerdem: Wächter II §. 100, Böcking I §. 116. o sqq., Vangerow I §. 88 Anm., Sintenis I S. 156 fg., Unger II §. 92, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 295—302, Dernburg Pfandrecht I S. 207—209. 229—231.

[4] Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in gleicher Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft (§. 89). Daher ist der andere Contrahent auch vor erfolgter Genehmigung gebunden. Dieser wichtige Satz wird bewiesen durch l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. Vgl. auch l. 65 §. 8 D. pro soc. 17. 2. Seuff. Arch. XV. 228. A. M. Wächter II S. 682 zu Note 20, Regelsberger Vorverhandlungen S. 89, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 211 fg. 245 fg., welche beide Letzteren eine Gebundenheit des andern Contrahenten nur kraft eines mit dem Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Vertrages eintreten lassen wollen; dagegen Regelsberger selbst krit. VJSchr. XI S. 370. 371, Brinz S. 1614. Auch durch den Stellvertreter, welcher selbst kein Recht erlangt hat, kann der andere Contrahent aus der Gebundenheit nicht entlassen werden, wie der Stellvertreter auch eine einseitige im Namen eines Andern abgegebene Willenserklärung nicht zurücknehmen kann, l. 24 §. 1 D. ratam rem 46. 8. Brinz krit. Blätt. II S. 40, Seuffert S. 150 fg., Regelsberger krit. VJSchr. XI S. 371, Seuff. Arch. XIV S. 210. 211. A. M. Buchka S. 211, Vangerow 7. Aufl. III S. 295, und mit einer Unterscheidung zwischen generellem und speciellem Geschäftsführer Ruhstrat a. a. O. S. 220 fg. Seuff. Arch VII. 273. Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 283. Noch weniger schadet Tod oder eintretende Willensunfähigkeit des Stellvertreters vor der Genehmigung, l. 24 §. 1 D. ratam rem 46. 8. A. M. früher Regelsberger Vorverhandlungen S. 89, vgl. auch Ruhstrat a. a. O. S. 240. Zweifelhafter ist, ob auch der Tod des Vertretenen nicht schadet, ob das Recht der Genehmigung auf seine Erben übergeht? Für die Bejahung, für welche die naheliegende Analogie der bedingten Willenserklärung (§. 89 Note 6) und ein arg. a contrario aus l. 7 D. ratam rem 46. 8 spricht: Seuffert S. 26 fg., Regelsberger krit. VJSchr.

und das Rechtsgeschäft wird für den Genehmigenden wirksam, wie wenn es mit seiner Vollmacht abgeschlossen worden wäre[5]. Dieß gilt nicht bloß für den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern auch für die Zeit, mit welcher seine Wirksamkeit beginnt, mit anderen Worten, die Genehmigung hat rückwirkende Kraft. Aus allgemeinen Gründen läßt sich das zwar in dieser Unbedingtheit nicht rechtfertigen; aber es ist im römischen Recht ausdrücklich so bestimmt[6]. Jedoch kann der Genehmigende erworbene Rechte Dritter, wie er über dieselben überhaupt keine Macht hat, auch durch

---

XI S. 371, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 233 Note 206; dawider Buchka S. 211, Brinz krit. Blätter II S. 210 (welcher aber Lehrb. S. 1622 das Gegentheil lehrt), Vangerow III S. 295.

[5] „Ratihabitio mandato comparatur" L. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. de R. I. 50. 17, c. 10 in VI° de R. I. 5. 13. Hierüber und über l. 9 D. neg. gest. 3. 5 vgl. Vangerow III §. 664 Anm. Num. III, Seuffert S. 49 fg., Pernice Labeo I S. 515 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 62. 63 Anm. 108. Durch die Genehmigung gelangt zur Wirksamkeit das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, nicht ein in der Genehmigung liegendes neues. (A. M. Wächter II S. 682, welcher der Genehmigung als solcher nur insofern Wirkung zugestehen will, als durch das genehmigte Rechtsgeschäft ein noch jetzt fortbestehendes „factisches Verhältniß" erzeugt worden sei.) Daher braucht bei der Genehmigung die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht wiederholt zu werden, wenn sie von dem Vertreter gewahrt worden ist (l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8).

[6] Man bemerke: 1) es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Genehmigende durch die Genehmigung sich das Rechtsgeschäft aneignet, wie es abgeschlossen worden ist, also auch seinem Zeitverhältniß nach. 2) Daraus folgt aber an und für sich nur, daß er demjenigen, welchem gegenüber er die Genehmigung ausgesprochen hat, verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten; aber es folgt daraus nicht, daß diese Wirkung als damals wirklich eingetreten auch vom Rechte anerkannt wird; denn damals entsprach nun einmal das Rechtsgeschäft den Anforderungen des Rechts nicht. 3) Für entscheidend muß jedoch gehalten werden die allgemeine Verfügung Justinian's in l. 25 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt" (vgl. l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28, c. 10 de R. I. in VI° 5. 13). S. darüber §. 83 Note 10, auch Köppen in dem das. citirten Aufsatz S. 159. 160. Andere Stellen, welche für die rückwirkende Kraft der Genehmigung sprechen, beziehen sich auf unseren Fall der Genehmigung nicht (l. 56 D. de indic. 5. 1, l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1) oder wahrscheinlich nicht (l. 71 §. 1. 2 D. de fidei. 46. 1). 4) Welches ist aber näher die Bedeutung der rückwirkenden Kraft der Geneh-

seine Genehmigung nicht verkürzen; ihnen gegenüber scheitert also die rückwirkende Kraft der Genehmigung[7]. — Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat das Rechtsgeschäft für den Vertretenen gar keine Wirkung; aber auch keine für den Vertreter, welcher für sich keine Wirkung hat erzeugen wollen. Nur ist derselbe bei Verträgen, insofern er für die Ertheilung der Genehmigung oder das Dasein der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend die Garantie übernommen hat[7a], verpflichtet, dem andern Contrahenten sein Interesse zu vergüten[8].

---

migung: ist ihre Bedeutung die, daß nun das Rechtsverhältniß, auf dessen Erzeugung das genehmigte Rechtsgeschäft gerichtet ist, als von diesem erzeugt angesehen wird, oder wird es als ein erst mit der Genehmigung entstandenes in die frühere Zeit zurückübertragen? Im ersten Fall hat die Genehmigung Wirkung, auch wenn zu ihrer Zeit die Bedingungen des Zustandekommens des gewollten Rechtsverhältnisses nicht mehr vorhanden sind, im zweiten Fall ist sie unter dieser Voraussetzung wirkungslos. Für die zuletzt gedachte Alternative spricht l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8, und was einen anderen Fall der Genehmigung angeht, l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15 und l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, für die erste Alternative in Betreff des gleichen Falls mit der größten Entschiedenheit l. 71 §. 1. 2 D. de solut. 46. 3. Um die Ausgleichung des Widerspruchs zwischen l. 25 §. 1 und l. 71 §. 1 citt. hat man sich zwar viele Mühe gegeben, aber m. E. ohne annehmbares Resultat. Vgl. Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 179—181 und die das. citirten Aelteren, ferner Seuffert S. 35, Brinz S. 1622, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. X S. 229 fg., Köppen das. S. 234 Anm. 207. Wir haben es also hier mit einer Controverse der römischen Juristen zu thun, auf welche auch Justinian in l. 25 C. de don. i. v. e. u. hinweist, und bedenkt man nun, daß Justinian diese Controverse offenbar zu Gunsten der Rückwirkung schlechthin hat entscheiden wollen, so wird man geneigt sein, in seinem Sinne der ersten der oben aufgestellten Alternativen den Vorzug zu geben. Freilich ist dieß nicht die herrschende Meinung, vgl. die oben Citirten. Im Allgemeinen: Seuffert §. 13.

[7]. Doch wird für einen andern Fall der Genehmigung selbst diese Grenze nicht anerkannt in l. 71 §. 2 D. de solut. 46. 3.

[7a] Eine stillschweigende Garantieübernahme dieser Art liegt in jedem Contrahiren in fremdem Namen durch einen Nichtbevollmächtigten, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt, vorausgesetzt daß der Contrahent nicht annehmen durfte, dieser Mangel sei dem Gegner bekannt.

[8] Und also, insofern das Interesse des anderen Contrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen, vgl. Seuff. Arch. VI. 33, VIII. 255, XII. 156. Aber der Grund dieser Verpflichtung ist eben die übernommene Garantie, nicht der in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag. A. M. Bähr Jahrb. f. Dogm. VI. 6 von der in §. 73 Note 16 bezeichneten Auffassung aus. Vgl.

## 4. Wirklichkeit des erklärten Willens.

### §. 75*.

Dasjenige, was in der Erklärung als gewollt bezeichnet ist, kann möglicherweise nicht wirklich gewollt sein. Wer dieß behauptet, muß es beweisen[1]; steht es fest, so ist die abgegebene Willenserklärung ohne alle rechtliche Wirkung.

Daß das in der Erklärung als gewollt Bezeichnete nicht wirklich gewollt ist, kann entweder dem Erklärenden bewußt sein, oder es kann ihm nicht bewußt sein.

Unter den Fällen der ersten Art ist der praktisch wichtigste[2] der der Simulation. Man bezeichnet mit diesem Ausdruck die Erklärung eines nicht gewollten Willensinhaltes, welche Jemand zu dem Ende vornimmt, um den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen. Möglicherweise kann er dabei ein anderes Rechtsgeschäft wirklich gewollt haben; dann entsteht die Frage, ob nicht wenigstens dieses letztere zu Stande gekommen sei. Die Beant-

---

Buchka S. 238, Brinz krit. Blätter II S. 39, Thöl Handelsr. I S. 159, Seuff. S. 76, Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 229. — Das HGB. Art 55 (vgl. 298) läßt den Stellvertreter nach Wahl des andern Contrahenten „auf Schadenersatz oder Erfüllung" haften. Vgl. WO. Art. 95. — Laband a. a. O verwendet zur Construction der Entschädigungspflicht des Vertreters den von Jhering aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo, von dem aus aber nur zur Prästation des s. g. negativen Vertragsinteresse zu gelangen ist. Vgl. II §. 307 Note 5, II §. 308 Note 6, II §. 315 Note 7. Laband leitet aus diesem Ausgangspunkt (mit Unrecht, s. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV nam. S. 34. 41. 92) den meiner Ansicht nach auch an und für sich nicht richtigen Satz her, daß der Stellvertreter nicht hafte, wenn er sich über den Mangel seiner Vertretungsbefugniß in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe. Dawider auch Bähr Jahrb. f. Dogm. VI S. 293, Dernburg Preuß. Privatr. I S. 216.

* Savigny III §. 134.

[1] Damit ist gesagt, daß eine s. g. reservatio mentalis ohne alle rechtliche Bedeutung ist; denn ein innerer Vorgang kann nicht bewiesen werden. Wenn Jemand sagt: ich will, so wird so lange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objectiv erkennbaren Thatsachen sein Nichtwollen dargethan ist. Vgl. Savigny III S. 259, Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 74. 75, Regelsberger civilrechtl. Erörterungen I S. 18.

§. 75.

[2] Andere Fälle s. in l. 24 D. de test. mil. 29. 1, l. 3 §. 2 D. de O. et A. 44. 7.

wortung dieser Frage hängt davon ab, ob 1) die abgegebene Erklärung als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, und 2) ob nicht, was häufig der Fall sein wird, das Recht diesen Willen wegen seines Inhalts mißbilligt[3].

## §. 76*.

Wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß er den in der Erklärung als gewollt bezeichneten Willensinhalt nicht wirklich will[1], so befindet er sich in einem Irrthume[1a]. Gewöhn-

---

[3] Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et. A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 19. 2, l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Vgl. Seuff. Arch. V. 146, XVIII. 132, XXII. 12; VI. 82, XIV. 75, XVII. 80, XX. 26, XXI. 98, XXVI. 21. — Vindication der durch ein simulirtes Rechtsgeschäft veräußerten Sachen Dritten gegenüber? Dernburg Preuß. Privatr. I §. 104 Note 7 will dem gutgläubigen Erwerber aus lästigem Titel eine exceptio doli geben.

* Richelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837). Savigny III §. 135—139 (1840; diese Darstellung ist epochemachend geworden). Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 262—287 (1867). Hölder krit. VJSchr. XIV S. 561—583 (1872). Wächter II §. 102, Vangerow III §. 604 Anm., Sintenis I S. 193 fg. II 298 fg., Brinz S. 1393 fg., Unger II §. 89, Goldschmidt Handelsr. I §. 62. — Der Aufsatz von Voigt Arch. f. civ. Pr. LIII S. 404—432. LIV S. 23—80. 194—241 (1870. 1871) enthält eine Bearbeitung der juristischen Lehre vom Irrthum überhaupt. Ich kann in dieser Bearbeitung einen Fortschritt nicht erkennen (vgl. auch Hölder a. a. O. S. 582 fg.).

§. 76. [1] Dieß ist in doppelter Weise möglich. 1) Er will nur den erklärten Willensinhalt nicht; die Erklärungshandlung will er. 2) Er will auch die Erklärungshandlung nicht; daß er den erklärten Willensinhalt nicht will, ist in diesem Falle erst Consequenz. Dieser letztere Fall liegt vor beim Sichversprechen, Sichverschreiben, Sichvergreifen; der erste z. B. wenn Jemand eine Urkunde unterschreibt, über deren Inhalt er sich eine falsche Vorstellung macht. Vgl. auch II §. 308 Note 6.

[1a] Brinz und Hölder a. a. O. wollen von Irrthum nur in dem ersten der in der vorigen Note bezeichneten Fälle geredet wissen. In dem zweiten liege nicht sowohl ein Irrthum vor, als ein „Irren", eine „Irrung", eine „Verirrung". Doch leugnen sie nicht, daß der lateinische Ausdruck error

lich sagt man denn auch, daß in diesem Falle die Willenserklärung nichtig sei wegen des Irrthums, in welchem der Erklärende sich befinde; aber das ist nicht genau. Nicht der Irrthum ist der Grund der Nichtigkeit der Willenserklärung, sondern eben, daß der Erklärung kein wirklicher Wille entspricht[1b]; der Irrthum ist nur der Grund, weßwegen ein nicht wirklich Gewolltes als gewollt erklärt worden ist[2]. Daraus folgt der wichtige Satz,

---

beide Fälle umfaßt (Brinz: „error der Vorstellung" im Gegensatz zum „error der Bewußtlosigkeit").

[1b] Savigny (III Beil. VIII Nr. XXXIV) nennt deßwegen diesen Irrthum „unächten" Irrthum — offenbar unpassend; ein unächter Irrthum ist ein Irrthum, der nur scheinbar ein Irthum ist, nicht aber ein Irrthum, der nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt. Deßwegen aber, wie Bekker (krit. VJSchr. III S. 187—201) will, die ganze Unterscheidung zwischen dem Irrthum, welcher die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ausschließt, und dem Irrthum, welcher dieß nicht thut, wegzuwerfen, halte ich für vollkommen ungerechtfertigt; diese Unterscheidung ist meiner Ansicht nach die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum, und ihre Feststellung eines der schönsten Verdienste Savigny's. Bekker will an ihre Stelle folgende andere Unterscheidung setzen: Irrthum, welcher sich auf die Folgen der Handlung bezieht, und Irrthum, welcher sich darauf nicht bezieht. Der Irrthum der ersten Art soll nun zwar nach Bekker's Ansicht ebenfalls bewirken, daß die nicht vorhergesehenen Folgen nicht gewollt seien; doch soll sich daraus keineswegs mit Nothwendigkeit ergeben, „daß darum die Willenserklärung nichtig oder auch nur minder wirksam sein müsse". Bekker gibt übrigens selbst zu, daß seine „Gedanken" „festere Begründung und sorgfältigere Entwicklung ihrer Consequenzen bedürfen". Vgl. jetzt noch Bekker krit. VJSchr. V S. 395. 396. — Brinz und Hölder a. a. OO. bestreiten (sachlich) nicht die Savigny'sche Unterscheidung, glauben aber, daß von Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung nur in dem Falle geredet werden dürfe, wo auch die Erklärungshandlung nicht gewollt sei (Note 1). Hiernach läge auch in dem am Schluß der Note 1 genannten Fall eine Erklärung des wirklichen Willens vor, was Brinz S. 1401 ausdrücklich anerkennt, während Hölder diesen Fall gar nicht beachtet hat. Die Consequenz dieser Ansicht ist Ausschluß der Nichtigkeit in allen Fällen, wo der Irrthum nicht verhindert, daß die Erklärungshandlung als solche gewollt ist, und diese Consequenz haben beide Schriftsteller mehr oder minder rein gezogen. Vgl. Note 3. 6 g. E. 7. 10, §. 77 Note 1 a. E. — Nicht beachtet, kaum gelesen zu werden verdient, was Aug. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 6, vgl. auch VII. 4. 7 (1847. 1850), gegen Savigny vorgebracht hat.

[2] Ist ein anderer Wille wirklich vorhanden, was in diesem Falle regelmäßig der Fall sein wird, so ist dieser ebenso ohne rechtliche Wirkung, wie die abgegebene Erklärung; die Erklärung ist ohne Wille, der Wille ohne Er-

daß die Nichtigkeit der Willenserklärung durch Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ausgeschlossen wird[3].

Jedoch reicht es zur Nichtigkeit der Willenserklärung nicht hin, daß der Irrthum eine Willenserklärung hervorgerufen habe, welche in irgend einer Beziehung der Willenswirklichkeit nicht entspricht; es ist nothwendig, daß das als gewollt Erklärte entweder in seinem ganzen Umfang[4] oder doch in einem wesentlichen Bestandtheil nicht gewollt sei; welcher Satz mit Zugrundelegung des so eben bezeichneten Sprachgebrauchs folgenden Ausdruck annimmt: nicht der unwesentliche, sondern nur der wesentliche Irrthum ist Nichtigkeitsgrund[5]. Als wesentliche Punkte bei einer Willenserklärung stellen sich aber heraus:

---

klärung. L. 9 §. 2 D. de her. inst. 28. 5 enthält keinen Widerspruch (— „quasi plus *nuncupatum* sit"). — Aus der Nichtigkeit der abgegebenen Willenserklärung folgt aber nicht, daß auf dieselbe von der Gegenseite unter keinen Umständen ein Anspruch gegründet werden könnte. Vgl. II §. 311.

[3] Vgl. §. 79 und Vangerow I §. 83 Anm. 1 Nr. I. A. M. Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 19 fg. Dem hier bezeichneten Bedürfnisse leistet Genüge das negative Vertragsinteresse; s. das Citat in der vorigen Note. Für den ersten der in Note 1 bezeichneten Fälle, sind nach ihrer Grundauffassung (Note 1b a. E.) a. M. auch Hölder S. 580 und Brinz (vgl. S. 1404). Seuff. Arch. II. 278, VII. 19, IX. 141; VIII. 26.

[4] Wie z. B. in dem am Schluß der Note 1 bezeichneten Fall. L. 5 C. plus valere 4. 22.

[5] Es ist jedoch hierbei zu bemerken, daß der hergebrachte Sprachgebrauch unter wesentlichem und unwesentlichem Irrthum nicht den sich auf einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt beziehenden, sondern den die Willenserklärung vernichtenden oder nicht vernichtenden Irrthum versteht.

[6] L. 9 pr. D. de her. inst. 28. 5. Vgl. Brinz S. 1412—1414. — Daß die Willenserklärung auf eine nicht gewollte Person gehe, darf man an und für sich nur dann sagen, wenn durch sie in der That ein anderes Individuum bezeichnet wird, als der Erklärende will, nicht aber dann, wenn der Erklärende dasjenige Individuum, welches er wirklich bezeichnen will, für ein anderes Individuum hält. In diesem letzteren Fall liegt nur ein Irrthum in den Eigenschaften der Person vor. Man vergleiche folgende Stufenleiter: Jemand schenkt einer vor ihm stehenden Person, welche sich einen falschen Vornamen beilegt — einen falschen Familiennamen — den Namen einer andern Person, von deren Existenz der Schenkende nicht weiß — den Namen einer andern Person, deren Existenz dem Schenkenden bekannt ist oder von ihm angenommen wird: ein Irrthum in der Person liegt strenge genommen im letzten Falle so wenig vor, wie im ersten. Nur sind die Eigenschaften der Person, auf welche

1) die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses;

2) die Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird, vorausgesetzt daß es dem Erklärenden gerade auf diese bestimmte Person ankommt[6];

3) der Gegenstand, auf welchen die Willenserklärung gerichtet ist[7]. Ist der Gegenstand der Willenserklärung quantitativ be-

---

sich der Irrthum wirklich bezieht, im letzten Falle so wesentliche, daß dadurch der Irrthum über die Eigenschaften doch wieder zu einem Irrthum über die Person selbst wird. Die Analogie dessen, was in dieser Beziehung von den Eigenschaften der Sache gilt (Num. 4), läßt sich in keiner Weise abweisen, wenn auch andererseits zugestanden werden muß, daß l. 52 §. 21 und l. 66 §. 4 D. de furtis 47. 2, welche Stellen von einer Eigenthumsübertragung an einen Menschen reden, der statt eines Andern untergeschoben ist, keine Andeutung davon enthalten, daß das Eigenthum nicht übergehe (abgesehen von dem Falle, wo ein furtum vorliegt, welches aber überhaupt den Eigenthumsübergang auch da ausschließt, wo demselben sonst kein Hinderniß entgegensteht, vgl. z. B. l. 43 pr. D. de furtis). Dagegen ist es Nichtigkeitsgrund nicht, wenn dem wirklich gewollten Individuum eine einzelne Eigenschaft beigelegt wird, die es nicht wirklich hat, vgl. l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 (mit welcher Stelle l. 30 §. 1 D. de pactis 2. 14 nicht in Widerspruch steht); wobei es jedoch eine andere Frage ist, ob nicht der Irrthum über die Eigenschaft als Irrthum im Beweggrund oder nach dem Rechte der Voraussetzung Wirksamkeit ausüben kann, s. §. 78. 98. — Wider das hier Gesagte hat sich ausgesprochen Exner Tradition S. 279 Note 88; übereinstimmend dagegen Brinz S. 1400. 1404 fg. und Hölder S. 572 fg. vgl. 571 unten. Nur weichen diese letzteren Schriftsteller ab in Betreff der Folgen eines Irrthums der bezeichneten Art (Verwechslung einer Person, in Beziehung auf welche gewollt ist, mit einer andern). Brinz läßt in Folge desselben nur relative Nichtigkeit eintreten (S. 1409), Hölder schreibt ihm gar keine Wirkung zu — Beide gemäß ihrer Gesammtauffassung der rechtlichen Bedeutung desjenigen Irrthums, bei welchem das Wollen der Erklärungshandlung nicht ausgeschlossen ist. — Was Bekker krit. VJSchr. V S. 395. 396 gegen die Nichtigkeit auf Grund der Personenverwechselung bemerkt, kommt darauf hinaus, daß Nichtigkeit eben nur dann eintritt, wenn es dem Erklärenden gerade auf diese Person ankam. (In dem von Bekker berichteten concreten Fall ging der Wille des Käufers nicht sowohl auf diese Person, als auf Waaren, von dieser Person gefertigt.

[7] L. 9 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. I° 30; l. 10 C. de don. 8. 54; §. 23 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 1 l. 137 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. In den zuletzt genannten Stellen wird der Vertrag für nichtig erklärt wegen Mangels des Consenses (vgl. auch l. 57 D. de O. et A. 44. 7). Natürlich; wenn der eine Contrahent etwas Anderes will, als der andere, liegt kein Consens vor. Aber es ist nicht nothwendig, hierauf Rücksicht zu nehmen, um diese Ungültigkeit

stimmt, so besteht die Willenserklärung bis zu dem Belange, bis zu welchem sich Wille und Erklärung decken[8].

4) Was die Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung angeht, so ist zu unterscheiden zwischen solchen Eigenschaften, welche nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Wesenheit dieses Gegenstandes ausmachen, und zwischen solchen, welche dieß nicht thun. Werden dem Gegenstande der Willenserklärung irrigerweise Eigenschaften der ersten Art beigelegt, so ist in der That, wenn auch nicht dem Körper, doch der Wesenheit nach, der gewollte Gegenstand ein anderer, als derjenige, auf welchen die Erklärung geht, und die Erklärung demnach nichtig. Dagegen begründet Irrthum in Eigenschaften der zweiten Art Nichtigkeit der Willenserklärung nicht[9]. Und auch was die

---

des Vertrags zu begründen; derselbe ist schon deßwegen nichtig, weil die Willenserklärung des einen Contrahenten nichtig ist. Daraus folgt, daß der Vertrag auch dann nichtig ist, wenn beide Contrahenten übereinstimmend irren, in welchem Fall von Dissens keine Rede sein kann. Seuff. Arch. XIX. 14. — Brinz und Hölder nehmen auch in diesem Fall, wenn nicht die Erklärungshandlung nicht gewollt ist, der Erste bloß relative Nichtigkeit, der zweite Gleichgültigkeit des Irrthums an.

[8] L. 9 §. 3. 4 D. de her. inst. 28. 5. Ob damit aber das ganze Geschäft bestehen kann, von welchem die Willenserklärung einen Theil bildet, ist eine andere Frage; s. l. 52 D. loc. 19. 2.

[9] Ob nicht bei Verträgen darauf Ansprüche anderer Art gegründet werden können, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. — Die im Text bezeichnete Unterscheidung ist von Savigny (a. a. O. §. 137. 138) begründet, und die allgemeine Anerkennung, welche sie gefunden hat, weder durch die Entgegnung von Kritz (in seinen Rechtsfällen IV S. 345 fg. [1843]), noch durch die von Renaud (Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 10 [1846]), erschüttert worden. Vgl. übrigens auch Wächter II S. 747. 748. Dagegen E. A. Seuffert in Seuffert's Pand. II §. 264 Note 7, Brinz S. 1409, Hölder S. 579. Beispiele: die Wesenheit eines metallenen Gefäßes oder Geräthes hängt davon ab, ob es von edlem oder unedlem Metall ist, aber die Wesenheit eines hölzernen Geräthes hängt nicht davon ab, ob es von besserem oder schlechterem Holz ist. Ein männlicher Sclave ist eine Sache anderer Art, als ein weiblicher Sclave; nicht so eine Sclavin, welche bereits geboren hat, gegenüber einer Sclavin, die noch Jungfrau ist. Vgl. l. 9 §. 2 (dazu Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 22. 23) l. 10. 11 l. 14. 41 §. 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. (Daß in letzterer Stelle nicht gelesen werden darf: emtionem *non* esse, geht daraus hervor, daß bei Nichtigkeit des Verkaufs der Verkäufer gar nicht haften würde; denn arg-

Eigenschaften der ersten Art angeht, wird die bezeichnete Auffassung nicht unbedingt durchgeführt, sondern nur da, wo der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht da, wo er weiter geht, als die Erklärung[10].

Unwesentliche Punkte bei einer Willenserklärung sind z. B. die Eigenschaften der Person, auf welche sich die Willenserklärung bezieht[11], der Name dieser Person[12], Name oder unwesentliche

---

listig war er nicht, und eine ausdrückliche Garantie in Betreff der Holzart hat er nicht übernommen. S. Windscheid Voraussetzung S. 117; vgl. aber auch Savigny III S. 286—290, Vangerow III §. 604 Anm. Nr. II. 2.) Auch von den genannten Stellen führen einige die Nichtigkeit des Vertrages auf den Mangel des Consenses zurück; s. Note 7. — Wie ist es, wenn der Gegenstand, auf welchen sich die Willenserklärung bezieht, beschädigt ist? Es liegt auf der Hand, daß eine Brandstätte ein Ding anderer Art ist, als ein Haus; dagegen ein unversehrtes Haus kein Ding anderer Art, als ein Haus, dessen Dachstuhl abgebrannt ist. Aber wo ist hier die Grenze? Nach l. 57 D. de contr. emt. 18. 1 soll es darauf ankommen, ob mehr oder weniger als die Hälfte abgebrannt ist, bei Arglist des Gegners aber der Irrende das Geschäft aufrecht erhalten können, wenn auch nur der geringste Theil des Hauses übrig sei. — Uebrigens finden sich in den Quellen auch Spuren der Auffassung, daß der Irrthum über die Eigenschaften der Sache auf die Gültigkeit des Geschäftes keinen Einfluß habe, weil doch über den Gegenstand nicht geirrt worden sei, l. 9 §. 2 l. 45 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, welche letztere Stelle freilich von Anderen anders erklärt wird, vgl. II §. 295 Note 2. — Auch von dem Irrthum über Eigenschaften des Gegenstandes gilt wie von dem über Eigenschaften der Person die in Note 6 g. E. (Z. 17 fg. v. u.) gemachte Bemerkung. — Irrthum über den Ort, wo der Gegenstand der Willenserklärung sich befindet: Reatz Lehre vom Erfüllungsort §. 24.

[10] Es ist in den Quellen entschieden: wenn Jemand ein Pfandrecht erwerben zu wollen erklärt an einer Sache von Bronze, welche er für eine Sache von Gold hält, so daß also sein Wille auf den Erwerb eines Pfandrechts an einer goldenen Sache gerichtet ist, so ist seine Willenserklärung gültig, l. 1 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 (vgl. Dernburg Pfandr. I S. 196); ebenso, wenn er sich eine solche Sache versprechen läßt, l. 22 D. de V. O. 45. 1. In gleicher Weise muß es gehalten werden, wenn Jemand an einer solchen Sache ein Recht weggibt, oder in Beziehung auf sie ein Versprechen leistet. Ebenso muß die Willenserklärung aufrecht erhalten werden, durch welche Jemand sich bereit erklärt, eine Aufopferung für eine Sache zu machen, die werthvoller ist, als er glaubt, z. B. von Gold, während er sie für eine Sache von Bronze hält. Vgl. Savigny III S. 298—302. — Brinz nimmt auch in diesem Falle nur relative Nichtigkeit an, während Hölder (S. 574 fg.) zugesteht, daß die Quellen beim Verkehr unter Lebenden absolute Nichtigkeit eintreten lassen — aber gegen das Princip, welches Anfechtbarkeit verlange.

Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung[13], Accessionen desselben[14].

## §. 77.

Bei Verträgen kann der Irrthum nicht bloß die Erklärung eines nicht wirklichen Willens hervorrufen, sondern auch die Abgabe einer mit der Willenserklärung der Gegenseite nicht übereinstimmenden Willenserklärung, indem nämlich der Erklärende annimmt, daß von der Gegenseite ein anderer Wille erklärt worden sei, als wirklich der Fall ist, und er so einen Consens zu erklären glaubt, welcher kein Consens ist (Irrthum als Mißverständniß). Auch in diesem Falle sagt man, daß der Irrthum es sei, welcher den Vertrag nichtig mache; aber auch hier wieder ist nicht sowohl der Irrthum das Vernichtende, als vielmehr der durch ihn verdeckte Mangel des Consenses zwischen den Parteien[1]. Auch hier aber wieder ist der Vertrag nur dann für nichtig zu erachten, wenn der Irrthum, d. h. der Dissens, sich auf einen wesentlichen Punkt bezieht, worüber nach den im vorigen §. aufgestellten Regeln zu entscheiden ist[2]. Ist der Gegenstand des Vertrages

---

[11] Vgl. jedoch Note 6.

[12] §. 29 I. de leg. 2. 20, l. 4 C. de test. 6. 23, l. 32 D. de V. O. 45. 1, l. 80 D. de iud. 5. 1.

[13] L. 4 pr. D. de leg. I° 30, l. 28 D. de reb. dub. 34. 5, l. 7 §. 1 C. de leg. 6. 37, l. 9 §. 1 l. 10 D. de contr. emt. 18. 1, l. 32 D. de V. O. 45. 1. Seuff. Arch. II. 20.

[14] L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Vgl. übrigens Wächter II §. 102 Note 4. Exner a. a. O. S. 271 Note 55. Seuff. Arch. XX. 118.

§. 77. [1] Vgl. Seuff. Arch. XVI. 34 (§. 76 Note 3). — Daß auch in dem Falle, wo wegen Irrthums bei einem Contrahenten keine Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung stattfindet, gesagt werden könne, der Vertrag sei nichtig aus Mangel an Consens, ist bereits (§. 76 Note 7 u. 9) bemerkt worden. — Hölder a. a. O. (§. 77 Note *) ist der Meinung, daß der Irrthum, bei welchem das Wollen der Erklärungshandlung nicht ausgeschlossen ist, abgesehen von dem Fall des s. g. error in substantia (§. 76 Num. 4), nur in dem hier bezeichneten Sinne rechtlich in Betracht komme.

[2] Natur des Rechtsverhältnisses: l. 18 D. de R. C. 12. 1, l. 3 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird: l. 32 D. de R. C. 12. 1 (vgl. Seuff. Arch. V, 271; III. 165. 169, XI. 220); Gegenstand der Willenserklärung: l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 83 §. 1 l. 137 §. 1 D. de V. O. 45. 1. S. andererseits l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

eine Quantität, so ist für die geringere der von den Parteien genannten Quantitäten immerhin Consens vorhanden, ob dieß aber zur Gültigkeit des ganzen Geschäfts genügt, eine andere Frage[8].

## 5. Motive des Willens.

### Irrthum. Betrug*.

### §. 78.

Unter den Motiven des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens ist hier zunächst in Betracht zu ziehen der Irrthum, d. h. der Mangel der wahren Vorstellung von dem Zustand der Dinge[1]; s. g. Irrthum im Beweggrunde. Der durch eine solche irrige Vorstellung hervorgerufene Wille ist deßwegen, weil er durch sie hervorgerufen ist, nicht weniger ein wirklich vorhandener Wille[1a]; aber er ist allerdings nicht der eigentliche, der wahre

[8] L. 1 §. 4 D. de V. O. 45. 1; s. außerdem die in §. 76 Note 8 citirte l. 52 D. loc. 19. 2, welche auch hierher gezogen werden kann. Seuff. Arch. II. 273.

* Vgl. zu diesem und dem folgenden §. vor Allem die auch hier grundlegende Bearbeitung von Savigny III §. 115 u. Beil. VIII, außerdem: Glück XXII S. 361—451, Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. II. 35 (1821), Richelmann (§. 76*) §. 11. 12, Wächter II §. 21. 104. 105, Vangerow I §. 83 Anm. 1—4, Sintenis I S. 195 fg. 188 fg., Unger II §. 77. 81. Endlich gehört hierher auch der §. 76 Anm. * citirte Aufsatz von Voigt.

[1] Mag diese Vorstellung durch eine unwahre verdrängt sein (Irrthum im engeren Sinn), oder mag alle Vorstellung von dem Zustande der Dinge fehlen (Irrthum als Unwissenheit). §. 78.

[1a] Wenn es in den Quellen mehrfach heißt, daß der Irrthum den Willen ausschließe (l. 15 D. de iurisd. 2. 1, l. 2 pr. D. de iud. 5. 1, l. 20 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 116 §. 2 D. de R. I. 50. 17, l. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), so ist das einer von den in ihrer Allgemeinheit falschen Aussprüchen, welche in der römischen Jurisprudenz nicht selten sind, ohne daß dieselbe sich dadurch zu falschen Entscheidungen im Einzelnen verleiten ließe. Wahr ist der aufgestellte Satz, wenn kraft des Irrthums etwas Anderes erklärt wird, als der Erklärende will (§. 76), wahr ist er auch insofern, als bei stillschweigenden Willenserklärungen der Schluß aus einem gewissen Benehmen auf einen gewissen Willen voraussetzt, daß die betreffende Person sich über einen gewissen Punkt nicht im Irrthum befunden habe. Gerade hiervon handeln die meisten der genannten Stellen, während in den beiden letzten jener allgemeine

Wille des Erklärenden, d. h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein. Daraus ergibt sich: die Willenserklärung ist keinesfalls nichtig, sie ist höchstens indirect unwirksam, so daß sie nicht geltend gemacht werden darf, und das durch sie bereits Verlorene zurückgefordert werden kann. Diese indirecte Unwirksamkeit tritt wirklich ein bei Willenserklärungen von Todeswegen, sobald nur feststeht, daß ohne den Irrthum nicht gewollt worden sein würde; bei Willenserklärungen unter Lebenden hingegen nur dann, wenn dieß zugleich in einer demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetreten ist[2]. Ist dieß nicht der Fall, so reicht der Irrthum als solcher nicht hin, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seiner Willenserklärung zu entbinden[3]. Anders ist es aber dann, wenn der Irrthum von dem Gegner in betrügerischer Absicht hervorgerufen worden ist[4]. Zwar ist auch in diesem Fall der ausge-

---

Ausspruch auf eine Erklärung angewendet wird, welche auch abgesehen vom Irrthum unverbindlich ist. — Aug. Herrmann (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III 3. 6 (vgl. VII. 4) hat auszuführen gesucht, daß das römische Recht die in Folge eines irrigen Beweggrundes abgegebene Willenserklärung allerdings für nichtig erkläre, und zwar deßwegen, weil der durch Irrthum bestimmte Wille unfrei sei; aber er hat damit auf Niemanden Eindruck gemacht.

[2] Näher wird von dem Einen und Andern besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt; s. §. 98 Note 6.

[3] L. 52 l. 65 §. 2 D. de cond. ind. 12. 1. Seuff. Arch. IV. 233, VII. 52. Nur eine einzelne Spur von einer wegen Irrthums im Beweggrund ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet sich in unseren Quellen (l. 1 §. 17 D. de separ. 42. 6, vgl. auch §. 6 I. de her. qual. 2. 19). Die Behauptung Savigny's (III S. 115), daß auch die ädilicischen Klagen und die auf irrige causa gegründeten Condictionen Ausnahmen bilden, ist irrig; bei jenen ist der Grund des Anspruchs des Käufers der (gesetzlich ausgelegte) Kaufvertrag, bei diesen die ermangelnde Voraussetzung (§. 97).

[4] Betrug — dolus. Ueber den Begriff desselben, und namentlich darüber, daß er auch durch Verschweigen begangen werden kann, s. l. 1 §. 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 §. 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 §. 2 D. de contr. emt. 18 1. Beweis des Causalzusammenhanges zwischen dem Betruge und der Willenserklärung: Jhering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 300 fg.; dawider v. Ziegler über den Betrug beim Vertragsabschlusse (München 1870) S. 10 fg.

sprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und insofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig[5]. Aber auf der anderen Seite darf es doch auch nicht gestatten, daß die Willenserklärung dem Betrüger Vortheil bringe, während sie dem Betrogenen zum Schaden gereicht. Demgemäß gewährt das Recht diesem Letzteren: 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch[6]; 2) einen Anspruch gegen den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wieder herstelle[7].

---

[5] Das Gegentheil behauptete früher die herrschende Meinung bei bonae fidei negotia, entweder für den Betrug überhaupt, oder doch für denjenigen Betrug, durch welchen der Abschluß des Rechtsgeschäftes selbst, nicht bloß eine einzelne Bestimmung desselben veranlaßt worden sei (s. g. dolus causam dans im Gegensatz des dolus incidens). S. über diese Frage und namentlich über die für die bezeichnete Meinung hauptsächlich angeführte l. 7 pr. D. de dolo 4. 3 Vangerow III §. 605 Anm. 1, auch die folgende Note. Vgl. auch Sintenis I §. 22 Note 13.

[6] Exceptio doli. Im bonae fidei iudicium war die exceptio doli (wie überhaupt eine exceptio) nicht nöthig, sowie der dolus in demselben auch klageweise geltend gemacht werden konnte; vgl. z. B. l. 11 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44; denn contrarius est dolus bonae fidei (l. 5 C. cit.). Mit Rücksicht auf jene Entbehrlichkeit der exceptio doli heißt es in den Quellen von einem Gesellschaftsvertrag, er sei „ipso iure nullius momenti" (l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, vgl. l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4), welcher Ausspruch für die frühere Theorie einer der Gründe war, weßwegen sie Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in Folge des Betrugs behauptete. — Die Einrede geht natürlich auf die Erben des Betrügers über, aber auch auf denjenigen, welcher in den durch Betrug erworbenen Anspruch als Sondernachfolger eintritt (s. II §. 332 Note 5). Hat aber die durch den Betrug hervorgerufene Willenserklärung einen Anspruch (eine Obligation) nicht unmittelbar begründet, sondern zunächst ein dingliches Recht, so haftet der fernere Erwerber dieses Rechts der Einrede nur dann, wenn er das Recht unentgeltlich erworben hat, welchem Fall der andere gleichgestellt wird, wo ihm die Sache verpfändet worden ist, l. 4 §. 27—31 de doli exc. 44. 4.

[7] Actio doli (de dolo) oder die betreffende actio bonae fidei. Der Wiederherstellungsanspruch kann auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Rechtsgeschäfts gehen, oder nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung desselben; hier hat die Unterscheidung zwischen dolus causam dans und incidens ihre gute Berechtigung. Beachtenswerthe Bemerkungen hierüber, sowie über den weiteren Inhalt des Anspruchs aus dem Betruge (im Allgemeinen Leistung des Interesse), bei v. Ziegler a. a. O. S. 39 fg. 57 fg.

## §. 79.

Der Irrthum kann nicht bloß als Motiv des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens, sondern auch in anderen Beziehungen ein rechtlich relevantes Mittel sein[1], entweder in der Weise, daß er selbst Bestandtheil eines rechtlichen Thatbestandes ist[2], oder so, daß die an einen Thatbestand an und für sich angeknüpften rechtlichen Folgen durch einen hinzutretenden Irrthum ausgeschlossen werden[3].

In allen Fällen nun, in welchen Jemand in der Lage ist, sich zur Erlangung eines Vortheils oder zur Abwendung eines Nachtheils auf einen Irrthum zu berufen, kann er nicht jedweden Irrthum geltend machen, sondern nur einen verzeihlichen oder entschuldbaren[4]. Als verzeihlich aber wird in den Quellen der

---

Vgl. Seuff. Arch. II. 167, XI. 221 Nr. II, XXVII. 111. Blätter f. RAnwendung XXXIII S. 309 fg. XXXIV S. 92 fg. Ergänz. Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg. — Kann auch in integrum restitutio begehrt werden? Darüber §. 118 Note 6.

§. 79. [1] Es empfiehlt sich, das über den Irrthum zu Sagende nicht zu weit auseinanderzureißen. Deßwegen wird dieser §., dessen Inhalt über den Kreis der Rechtsgeschäfte weit hinausgeht, hier eingeschoben.

[2] So z. B. bei der Ersitzung, bei dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

[3] Beispiele: die Antretung und Ausschlagung der Erbschaft ist ungültig, wenn der Antretende oder Ausschlagende über Dasein oder Art der Berufung im Irrthum ist (l. 22. 32—34 D. de A. v. O. H. 29. 2); die Unwirksamkeit des Forderungsrechts, welches aus Intercession einer Frau oder Darlehnsaufnahme eines Haussohnes entstanden ist, wird dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nicht wußte, daß er sich mit einer intercedirenden Frau oder einem Haussohne einlasse (l. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6); die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses treffen unter Umständen denjenigen nicht, welcher nicht wußte, daß er zu handeln habe (vgl. §. 104 Note 7).

[4] Entschuldbarkeit des Irrthums wird also da nicht erfordert, wo es nicht der Irrthum ist, auf welchen sich Jemand zu berufen braucht. So namentlich nicht, wenn Jemand in Folge des Irrthums etwas zu wollen erklärt hat, was er in der That nicht wollte (§. 76 Note 3); ebensowenig beim Betruge, vgl. II §. 486 Note 2, Ihering Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 278 fg. Seuff. Arch. VII. 51 a. E. 52. 293, XIII. 86, XIX. 26, Blätter f. RAnwendung Ergänz. Bd. zu Jahrg. XXX. XXXI S. 404 fg., Jahrg. XXXV S. 281 fg. XXXVI S. 42 fg. Entschuldbarkeit des Irrthums wird ferner da nicht erfordert, wo sich nicht der Irrende auf seinen

Irrthum über Thatsachen (s. g. factischer Irrthum), als nicht verzeihlich der Irrthum über Rechtssätze (Rechtsirrthum[5]) bezeichnet[6]. Jedoch ist diese Unterscheidung eine sehr äußerliche; in der Wirklichkeit kann sowohl ein Rechtsirrthum verzeihlich sein, als ein factischer Irrthum unverzeihlich, welches Beides freilich von demjenigen, welcher es behauptet, bewiesen werden muß. Der factische Irrthum ist unverzeihlich, wenn er auf grober Nachlässigkeit beruht[7]; der Rechtsirrthum ist verzeihlich, wenn es an der Möglichkeit fehlte, die nöthige Rechtsbelehrung einzuziehen[8],

---

Irrthum, sondern sein Gegner auf dessen Wissen zu berufen hat, z. B. wenn es sich um die nachtheiligen Folgen des bösen Glaubens handelt; wie unentschuldbar der Irrthum auch gewesen sein mag, das Wissen ist immer dadurch ausgeschlossen gewesen. Zwar kann es auch in einem solchen Falle vorkommen, daß das Recht dem Nichtwissenden nicht jedes Nichtwissen zu Gute rechnet; aber das ist dann positive Rechtsvorschrift, keine Consequenz aus dem aufgestellten Princip, und darf daher ohne besonderen Beweis nicht angenommen werden. So wird bei Delicten nicht gestattet die Berufung auf Unkenntniß des Strafgesetzes (wohl die Berufung auf sonstige Rechtsunkenntniß, Savigny III Beil. VIII Nr. XX—XXII); so hat der Käufer keinen Anspruch wegen der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, wenn er dieselbe kannte oder kennen mußte, und das interd. quod vi aut clam ist begründet, wenn der Handelnde wußte oder wissen mußte, daß er gegen den Willen des Gegners handele (l. 14 §. 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 §. 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24). — Vgl. übrigens auch III §. 633 Note 22 a. E.

[5] Eine seltsame Ansicht über die Begriffe Rechtsirrthum und factischer Irrthum hat Weil (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 13 [1855]) aufgestellt. Auch nach ihm bezieht sich zwar der Rechtsirrthum auf Rechtsregeln, der factische Irrthum auf Thatsachen, aber der eine und der andere zunächst auf Befugnisse: der Rechtsirrthum soll sein der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über das objective Recht, der factische Irrthum der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über eine Thatsache.

[6] Dig. 22. 6 Cod. 1. 18 de iuris et facti ignorantia. Vgl. namentlich l. 2. 9 pr. §. 5 D. h. t. Auch c. 13 de R. I. in VI°.

[7] L. 3 §. 1 l. 6. 9 §. 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10. Seuff. Arch. IX. 261. Vgl. übrigens Mommsen Beiträge I S. 417—419.

[8] L. 9 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 §. 5 D. si quis ordo 38. 15. Wächter II §. 21 Note 21 hält die Einziehung von Rechtsbelehrung für unnöthig, „wenn der betreffende Rechtssatz so zweifelhaft und bestritten ist, daß eine ganz sichere Rechtsbelehrung nicht hätte gegeben werden können“, s. auch Savigny III S. 336 fg. Aber ist nicht gerade in diesem

oder die eingezogene unrichtig ist[8a]. Außerdem wird gewissen Personen der Rechtsirrthum überhaupt nachgesehen[9], entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen[10], oder doch in gewissen Fällen, so namentlich Frauen (diesen, wenn sie keinen Gewinn machen, sondern sich gegen Schaden schützen wollen, jedoch auch dann nicht unbedingt[11]), ferner Soldaten[12] und Ungebildeten[13].[14]

### b. Furcht. Zwang*.

### §. 80.

Daß der in einem Rechtsgeschäfte erklärte Wille durch Furcht hervorgerufen worden ist, hat auf die Gültigkeit des Rechtsge-

---

Fall für den Laien das Sichverlassen auf sein eigenes Urtheil ein Verstoß gegen die Anforderungen gewöhnlichster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit?

8a Die entgegengesetzte Ansicht von Bruns in der in §. 176 Note * citirten Schrift S. 53 fg. 120 fg. kommt schließlich darauf hinaus, daß der Rechtsirrthum des unrichtig Belehrten nicht sowohl unentschuldbar sei, als vielmehr, wie jeder Rechtsirrthum, ungeeignet, eine für die Ersitzung ausreichende bona fides zu begründen. Vgl. §. 178 Note 2. Gegen Bruns Wächter in der am gleichen Orte citirten Schrift S. 118 fg.

9 Savigny III S. 429 fg.

10 L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

11 L. 9 pr. D. h. t., l. 8 eod., l. 3. 11. 13. C. h. t. Savigny a. a. O. S. 432—436.

12 L. 9 §. 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 51, l. 22 pr. §. 15 C. de iure del. 6. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Savigny S. 437. Fitting das castrense peculium S. 7—9.

13 L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 §. 5 D. de edendo 2. 13; l. 2 §. 1 si quis in ius voc. 2. 5 und Savigny a. a. O. S. 436. Die heutige Anwendbarkeit des Begriffs der „rusticitas" überhaupt und speciell in der hier fraglichen Beziehung leugnet das Erk. bei Seuff. Arch. XIX. 91. Vgl. dagegen das. VIII. 140. 141, IX. 232, X. 268, XV. 173, XXII. 149.

14 Falsche Verallgemeinerungen enthalten l. 7. 8 D. h. t. L. 7 cit. „Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet". L. 8 cit. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet". Ueber die verschiedenen Ansichten s. Wächter II §. 21 Note 17, Savigny III S. 344—353, Vangerow I §. 83 Anm. 1 Nr. V, und die bei Letzterem Citirten. Neuestens: Wächter (Note 8a) S. 22 fg. 104 fg., Bruns (Note 8a) S. 22 fg. 104 fg. 120 fg.

* Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Schliemann die Lehre vom Zwange (1861).

schäfts an und für sich keinen Einfluß, und zwar wird hier auch kein Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall gemacht. Anders ist es aber auch hier, wenn die Furcht von einem Anderen durch Drohungen zu dem Ende erregt worden ist, um die Willenserklärung hervorzurufen, in welchem Fall man gewöhnlich von Zwang spricht[1]. Zwar ist auch das erzwungene Rechtsgeschäft, wie das durch Betrug veranlaßte, nicht nichtig, weil immerhin der wirkliche Wille erklärt worden ist[2]; aber das Recht gewährt gegen die nach-

---

J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; vgl. krit. VJSchr. VI S. 416—418). Savigny III §. 114, Wächter II §. 106, Sintenis I S. 186--188, Unger II §. 80, Brinz S. 1420 fg.

[1] Der Ausdruck Zwang ist eigentlich zu weit, da er auch die körperliche Ueberwältigung umfaßt, bei welcher von Einwirkung auf den Willen keine Rede sein kann, z. B. wenn Jemand dem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde führt. Die den Römern geläufige Bezeichnung ist noch weiter; sie sprechen von metus, während das Edict früher vis metusve nannte. L. 1 D. h. t. §. 80.

[2] L. 21 §. 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto heredem me effici, quia, *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*". L. 21 §. 4 eod., l. 22 D. de R. N. 23. 2. Auch hier, wie beim Betruge, wurde früher vielfach für bonae fidei negotia Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet (ausführliche Dogmengeschichte bei Schliemann S. 179 fg.). Man berief sich namentlich auf l. 116 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 21 §. 3 D. h. t. und l. 6 §. 7 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vgl. darüber Vangerow III §. 605 Anm. 2. Jetzt ist die im Texte aufgestellte Ansicht die fast unbedingt herrschende, namentlich in Folge der Ausführungen Savigny's a. a. O. Die dagegen von Kritz (Rechtsfälle V S. 38 fg.) gerichtete Kritik hat schon Wächter nur noch zu milde „zum Theil unbegreiflich" genannt. Viel mehr Beachtung verdient die Vertheidigung der Nichtigkeit, welche neulich Schliemann in der oben angeführten gründlichen und gediegenen Schrift unternommen hat. Derselbe argumentirt so: 1) in den Quellen sind beide Auffassungen vertreten, Nichtigkeit und indirecte Ungültigkeit; 2) bei diesem Widerspruch müssen wir uns aus inneren Gründen entscheiden, und diese führen zur Annahme der Nichtigkeit. Aber weder das Eine noch das Andere kann zugegeben werden. Die Stellen, in welchen Schliemann eine Nichtigkeit anerkannt findet, gestatten sämmtlich eine andere Auslegung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß theilweise diese andere Auslegung nicht die nächstliegende ist, so muß bedacht werden, daß nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Widerspruch, gar ein Widerspruch zwischen denselben Schriftstellern, nicht ohne zwingende Nothwendigkeit angenommen werden darf. Zugegeben werden muß nur, daß das römische Recht die erzwungene Freilassung als nichtig behandelte (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui

theiligen[3] Folgen des Rechtsgeschäfts Schutz wie beim Betruge, nur weiter gehenden. Es gewährt Einrede und Wiederherstellungsanspruch, außerdem auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[4] — dieß Alles aber nicht blos gegen den Zwingenden, sondern gegen Jeden, welcher das in Folge des Zwanges Verlorene hat[5]. Jedoch ist, damit der Zwang diese weitgehende

a. et quib. 40. 9, Dosith. §. 7); aber das erklärt sich vollkommen daraus, daß Wiederaufhebung einer einmal eingetretenen Freiheit den Römern als etwas ganz Außerordentliches erschien, was nur unter den besondersten Umständen durch kaiserliche Machtvollkommenheit verfügt werden konnte, l. 9 §. 6 l. 10 D. de min. 4. 4, l. 24 D. de dolo 4. 3. (Trotz dem findet sich selbst hier die entgegengesetzte Ansicht vertreten, l. 9 §. 2 D. h. t. — welche Stelle aber Kramer p. 112 sq. nicht übel von dem durch die Freilassung entstandenen factischen Schaden versteht, so jetzt auch Brinz S. 1425.) Die gleiche Betrachtung macht sich heutzutage für die katholische Auffassung der Ehe geltend. Was sodann die inneren Gründe angeht, so führen dieselben zur Annahme der Nichtigkeit nicht. Schliemann argumentirt: bei dem Zwange ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob auch der Inhalt der Erklärung, und nicht vielmehr bloß die Erklärung gewollt sei; folglich ist der Schluß von der Erklärung auf den Willen kein sicherer, also der Wille durch die Erklärung nicht dargethan. Aber die Erklärung ist mehr als Beweismittel für den Willen; sie ist nicht dasjenige, woraus auf den Willen geschlossen wird, sondern die Erscheinung des Willens, sie ist der Wille in seiner Erscheinung. Wer behauptet, daß diese Erscheinung lüge, muß die Nichtexistenz des Willens beweisen, es genügt nicht, seine Existenz zweifelhaft zu machen. Aehnlich Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX Anh. S. 5, Vangerow 7. Aufl. III S. 281. 282. — Auch Brinz a. a. O., und ebenso Czyhlarz Jahrb. f. Dogm. XIII. 1 (1873), nehmen einen Widerspruch in den Quellen an, und suchen denselben auf den Gegensatz, der Erstere zwischen „Formal- und Causalgeschäften" (vgl. II §. 319), der Zweite zwischen civilen und prätorischen Geschäften zurückzuführen. — Gegen alle diese Versuche Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 19 fg.

[3] L. 12 §. 2 l. 14 pr. D. h. t. Schliemann S. 29—31.

[4] Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Das Nähere über diese exceptio und actio, sowie über die in integrum restitutio wegen metus, s. unten (II §. 462, I §. 118). Auch im bonae fidei iudicium konnte der Zwang geltend gemacht werden, obgleich der Judex nicht ausdrücklich darauf verwiesen war. L. 8 C. de resc. vend. 4. 44. — Ueber die Behandlung der letztwilligen Verfügungen s. III §. 548 Num. 1. §. 633 Num. 7.

[5] Mag er es unmittelbar durch das erzwungene Rechtsgeschäft erhalten haben, oder mag es später an ihn gelangt sein. Die exceptio wie die actio quod metus causa sind in rem scriptae, l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4,

Wirkung habe, erforderlich sowohl daß das gedrohte Uebel ein bedeutenderes, als daß die Furcht vor demselben eine begründete gewesen sei[6]. Ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so fällt der Schutz gegen Dritte weg, nicht aber nothwendig auch die Einrede und der Wiederherstellungsanspruch gegen den Zwingenden[7].

---

l. 9 §. 1. 8 l. 10 pr. l. 14 §. 3. 5 D. h. t. Ueber die Erstreckung der Wiedereinsetzung auf Dritte s. §. 120 Note 4. — Exner Tradition S. 255 Note 5 will Schutz gewähren nicht bloß, wenn das Rechtsgeschäft durch den Dritten erzwungen, sondern schon, wenn es unter den Einfluß einer von einem Dritten erregten Furcht abgeschlossen worden ist, wenngleich die Furchterregung nicht die Absicht hatte, das Rechtsgeschäft hervorzurufen. Diese Meinung beruht auf einer Auslegung von l. 9 §. 1 D. h. t. und Paul. sentent. I. 7 §. 5, welche keine zwingende Kraft hat. S. andererseits Wächter II S. 767 Note 15, Vangerow III §. 605 Anm. 2. a. E.

[6] L. 3 §. 1 — l. 9 pr. l. 22. 23 §. 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 4. 7. 8. 10 C. h. t. Die Quellen verlangen „timorem maioris malitatis", und nennen speciell als genügend Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während sie umgekehrt Bedrohung des guten Rufes und Bedrohung mit Processen (Seuff. Arch. XVIII. 112, XX. 219, XXII. 215; VIII 27) als nicht hinreichend bezeichnen. Bei den in den Quellen genannten Fällen stehen zu bleiben, wie Savigny III S. 105—107 will, oder auch nur, wie Schliemann S. 15—22 thut, daraus das Princip zu bilden daß unter allen Umständen eine Bedrohung der Person erforderlich sei, erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich. Zustimmend Arndts §. 61 Anm. 4; ebenso Kramer p. 167 sq., der als positives Erforderniß aufstellt: Unwiederherstellbarkeit des Uebels. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 27. Bedrohung von Angehörigen: l. 8 §. 3 D. h. t. Schliemann S. 20, Kramer p. 187 sq. Die Quellen verlangen ferner „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat (l. 6 D. h. t.), wobei man nur den Superlativ nicht urgiren darf. Schliemann S. 26—28. — Nicht erforderlich ist Unberechtigtheit der Drohung an und für sich. Wer mit einem Uebel droht, welches er zufügen darf, versetzt den Bedrohten nicht minder in einen Zustand der Unfreiheit, als derjenige, welcher mit einem Uebel droht, zu dessen Zufügung er nicht berechtigt ist. L. 3 §. 1 l. 7 §. 1 und arg. l. 21 pr. D. h. t. Schliemann S. 24—26, Kramer p. 177—179.

[7] Jedenfalls ist begründet actio und exceptio doli, ferner kann begründet sein die condictio ob iniustam oder ob turpem causam (II §. 422 Note 4. 5), bei Bedrohung mit Processen auch das edictum de calumniatoribus (II §. 471).

## 6. Inhalt des Rechtsgeschäfts*.

### §. 81.

Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt endlich auch von seinem Inhalt ab; der Grund, weßwegen einem Rechtsgeschäft die rechtliche Anerkennung versagt wird, kann auch der Inhalt des in ihm erklärten Willens sein. Die hierher gehörigen Bestimmungen sind aber zum großen Theil ganz specieller Natur, und entziehen sich daher der hier anzustellenden Betrachtung[1]; von allgemeiner Bedeutung sind folgende.

1. Nichtig sind die Willenserklärungen, welche auf etwas Unmögliches gerichtet sind[2].

2. Nichtig sind auch diejenigen, die sich in Widerspruch setzen mit den Vorschriften des Sittengesetzes[3].

3. Nichtig sind ferner diejenigen, durch welche über Etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann. Es kann aber erstens Niemand verfügen über die Rechtssphäre eines Andern[4], es müßte denn dieser Andere seine Einwilligung dazu gegeben haben[5], oder das Recht dazu in irgend einer sonstigen

---

§. 81. [1] So z. B. die Bestimmung, daß sich Ehegatten nicht schenken können, daß nicht jedes Maß von Zinsen versprochen werden kann 2c.

[2] L. 1 §. 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

[3] §. 36 i. f. I. de leg. 2. 20, l. 112 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 26. 27 pr. l. 35 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39. Vgl. aus Seuffert's Arch. die II §. 314 Note 4 citirten Erkenntnisse.

[4] Es kann Niemand die Sache eines Andern veräußern, es kann Niemand durch sein Versprechen einen Andern zum Schuldner machen, es kann Niemand die Forderung eines Andern cediren, der Schuldner kann dem Gläubiger durch Leistung an einen Andern seine Forderung nicht nehmen 2c.

[5] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2. 5 C. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Vgl. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Durch die Ertheilung seiner Einwilligung eignet sich derjenige, über dessen Rechtssphäre verfügt wird, die fremde Willenserklärung juristisch an, als wäre sie seine eigene; aber es ist darum nicht weniger wahr, daß sie thatsächlich eine fremde ist. Deßwegen geht Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 307. vgl. II S. 125—128) wenigstens im Ausdruck zu weit, wenn er behauptet, daß der Verfügende „am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil (habe)". Aus seiner Person wird immerhin der Körper des

Weise gesetzlich begründet sein[6]. Jene Einwilligung kann auch nachträglich gegeben werden[7], in welchem Falle man wieder, wie bei der Anerkennung einer in unserem Namen abgegebenen Willenserklärung (§. 74), von Genehmigung spricht[8]; näher über dieselbe §. 83. Zweitens kann es auch vorkommen, daß Jemand in der Verfügung über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist. Ein Satz von allgemeinerer Bedeutung, welche hierher gehört, ist, daß unter Vormundschaft gestellte Personen von ihrem Vermögen nichts veräußern können[9].

---

Rechtsgeschäfts genommen, nicht bloß die Erklärung, sondern auch der Wille; weßwegen es auch von dem in die Freilassung seines Sclaven einwilligenden Herrn zwar in l. 22 D. de manum. vind. 40. 2 heißt: „ipse manumittit", aber in l. 30 §. 1 D. qui et a quib. 40. 9: „non manumisi, sed pro eo habendus sum, ac si manumisissem" (vgl. l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5). Es ist hier, wie in dem Fall, wo Jemand mit Einwilligung eines Andern in dessen Namen eine Willenserklärung abgibt (§. 73), und der Unterschied eben nur der, daß der Verfügende hier in eigenem Namen, nicht als Vertreter eines Andern, handelt. — Kann die einmal ertheilte Einwilligung zurückgenommen werden? Es kommt zunächst darauf an, ob der Einwilligende sich hat binden wollen. Aber auch wenn er dieß gewollt hat, ist die Regel die, daß er die ertheilte Macht nur nicht zurücknehmen darf, während sein Können, vorbehaltlich zu leistenden Schadensersatzes, nicht ausgeschlossen ist. Jedoch kommt es auch vor, daß die ertheilte Machtbefugniß sich zu einem selbständigen Rechte gestaltet, so bei der Verpfändung, der (römischen) Cession. Das in diesen Fällen Anerkannte will für das heutige Recht zur Regel erheben Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 131. 132. 133.

[6] Hierher gehört im Besonderen der Fall des Pfandrechts, nicht bloß des gesetzlichen und gerichtlichen, sondern auch des vertragsmäßigen, da bei dem letzteren auf die Fortdauer der Einwilligung des Berechtigten nichts ankommt.

[7] L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de reb. al. 4. 51.

[8] Der Ausdruck ratihabitio wird in den Quellen zwar vorzugsweise von dem Falle der nachträglichen Einwilligung gebraucht, aber nicht mit Strenge auf ihn beschränkt, vgl. z. B. l. 44 §. 1 D. de usurp. 41. 3, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Ebenso wird auch der Ausdruck consentire nicht bloß von vorgängiger Einwilligung gebraucht, vgl. z. B. l. 3 C. de R. V. 3. 32

[9] In der Entziehung der Veräußerungsfähigkeit liegt eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, und so ist von diesem Punkt bereits oben in der Lehre von der Handlungsfähigkeit (§. 71) gehandelt worden. Die Verfügungs- (Dispositions-) Unfähigkeit als eine besondere Eigenschaft der Person der Handlungsunfähigkeit entgegenzusetzen, ist keine Veranlassung vorhanden.

## C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.

### 1. Begriff und Arten.

### §. 82.

Der Begriff der Ungültigkeit ist im Allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches, weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugesteht, die von ihm beasichtigte Gestaltung der Verhältnisse herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist[1].

In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

1. Der bei Weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im Allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, eben so wenig, als wäre es

---

* Savigny IV §. 202. 203, Wächter II §. 86, Sintenis I §. 24, Unger II §. 91. 92.

§. 82. [1] So wenn die ihm hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist. Das Rechtsgeschäft entspricht hier allen rechtlichen Anforderungen; daß es nicht wirkt, hat seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen. Ebenso, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auf welche hin Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen hat (§. 74). — Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß nach dem Wortsinn an und für sich ungültig auch diejenige Willenserklärung genannt werden kann, welche nicht wirkt, weil sie nicht wirken will; man kann auch von ihr sagen, daß sie für das Recht nicht gilt. Aber eine Unterscheidung in der Bezeichnung ist Bedürfniß, und Niemand wird bestreiten, daß der Sprachgebrauch ungültig vorzugsweise dasjenige nennt, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. — Jedenfalls dürfen diejenigen Fälle nicht unter den Begriff der Ungültigkeit gestellt werden, in welchen die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht in ihm selbst seinen Grund hat, sondern in einer Thatsache, welche die Wirkung (das Gewirkte) trifft, ohne das Rechtsgeschäft (die wirkende Kraft) zu berühren, z. B. in einer eingetretenen Verjährung. Savigny (IV S. 542) geht so weit, sogar den Fall der Erfüllung einer Obligation unter den Begriff der Ungültigkeit zu ziehen. — Uebrigens kann der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinn in den der Ungültigkeit übergehen; dieß ist der Fall bei der Voraussetzung (§. 97 Note 5).

nie abgeschlossen worden; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft[2]. Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar zunächst erzeugt, dieselbe sich aber als unbrauchbar erweist, um denjenigen thatsächlichen Zustand herbeizuführen, auf dessen Herbeiführung das Rechtsgeschäft gerichtet ist. Dieß letztere ist noch in doppelter Weise denkbar. Entweder so, daß die aus dem Rechtsgeschäfte an und für sich erwachsene rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist, oder so, daß ihre Wiederaufhebung verlangt werden kann. Das Erste ist der Fall, wenn der von dem Rechtsgeschäft erzeugte Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, so daß er wider Willen desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgesetzt werden kann[3]. Bei dem Zweiten findet noch

[2] Einen engeren Begriff von Nichtigkeit stellt auf Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 219. 388 fg. Er nennt nichtig nur dasjenige Rechtsgeschäft, welches in keiner Beziehung rechtlich in Betracht kommt, auch nicht mit einer andern als der beabsichtigten rechtlichen Wirkung, und unter keiner möglichen künftigen Gestaltung der Verhältnisse. Hiernach nimmt er Nichtigkeit nur an bei Formmangel, Handlungsunfähigkeit und Gesetzwidrigkeit des Inhalts, nicht aber z. B. bei wesentlichem Irrthum, wegen der dabei möglicherweise stattfindenden Verhaftung auf das s. g. negative Vertragsinteresse (II §. 311), und nicht bei Veräußerung durch den Nichteigenthümer, wegen der möglichen Genehmigung des Eigenthümers. — Die dem deutschen Ausdruck Nichtigkeit entsprechenden römischen Ausdrücke: negotium nullum, negotium nullius momenti werden in den Quellen nicht mit derjenigen Strenge, mit welcher wir den Ausdruck Nichtigkeit handhaben, von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft ferngehalten, vgl. z. B. l. 16 §. 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8, sowie umgekehrt der Ausdruck rescindere auch von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht wird, z. B. l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. §. 1. 2.

[3] Beispiele: exceptio quod metus causa, doli, SC[i] Macedoniani, SC[i] Velleiani. Der durch Einrede geschützte Verpflichtete ist für das ökonomische Resultat gleich einem Nichtverpflichteten. „Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum", l. 20 § 3 D. de liber. causa 40. 12. S. noch l. 42 §. 1 D. de O. et. A. 44. 7, l. 25 D. de V. O. 45. 1, l. 66 D. de. R. I. 50. 17. Aber auch nur für das ökonomische Resultat; die juristische Structur des Rechtsverhältnisses ist eine andere, wie bei der Nichtverpflichtung. Darauf will kein Gewicht gelegt wissen Brinz S. 1631 fg., und zählt deßwegen diesen Fall der Anfechtbarkeit zur Nichtigkeit; übereinstimmend E. Zimmermann in seinen kritischen Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der Exceptio S. 20 fg. Vgl. §. 47 Note 1. Ich halte das Aufgeben

der Unterschied Statt, daß die Wiederaufhebung entweder durch den Richter zu geschehen hat[4], oder aber durch die Thätigkeit desjenigen, zu Gunsten dessen die rechtliche Wirkung eingetreten ist oder gegenwärtig besteht[5]; denkbar ist es auch, daß sie durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann[5a]. Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen Rechtsgeschäfe nicht nur nicht nöthig, sondern nicht einmal denkbar ist[6]. Und diese Reaction muß von bestimmten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich Jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, auch relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung Anfechtbarkeit[7].

---

der Unterscheidung zwischen derjenigen Ungültigkeit, welche in dem Fehlen eines constitutiven Elementes des Rechtsgeschäfts, und derjenigen, welche in anderen mehr äußerlichen Mängeln ihren Grund hat, für keinen Fortschritt, wenn auch nicht geleugnet werden soll, daß bei der Ausbildung dieses Gegensatzes in einem gegebenen Recht historische Zufälligkeiten mitwirken können, und speciell im römischen Recht mitgewirkt haben. Was die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen obligatio nulla und ope exceptionis inanis angeht, so ist eine solche Bedeutung jedenfalls für die processualische Behandlung (in Betreff der Anführungspflicht) vorhanden; für das materielle Recht kommt allerdings dem §. 47 Note 1 Gesagten gegenüber in Betracht, daß auch das nichtige Rechtsgeschäft bestätigt werden kann (§. 83 Num. 2).

[4] Beispiele: in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.

[5] Beispiele: actio doli, actio quod metus causa. — Man bemerke, daß es heißt: die Wiederaufhebung der eingetretenen rechtlichen Wirkung, nicht: die Anfechtung, habe durch denjenigen zu geschehen, zu Gunsten dessen die Wirkung eingetreten ist.

[5a] Vgl. III §. 591 Note 13.

[6] Daher hat namentlich eine Nichtigkeitsklage nur Sinn als Präjudicialklage, d. h. als Klage auf Declaration der Nichtigkeit. Vgl. Seuff. Arch. XVII. 208; VI. 319. 320, XV. 144. Im Widerspruch hiermit wollte eine früher sehr verbreitete Ansicht in wichtigen Fällen (vgl. Unger §. 91 Note 29. 30) das Dasein der Nichtigkeit von der Durchführung der s. g. querela nullitatis abhängig machen, und stellte demgemäß den Satz auf, daß durch die Verjährung dieser Klage die Nichtigkeit geheilt werde. Zur unbe-

2. Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist, daß sie entweder entschieden oder unentschieden ist. Entweder — und dieß bildet den regelmäßigen Fall — versagt das Recht von vorn herein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen dahingestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft betheiligten Personen sein[7a]; je nach dem diese Person will, ist das Rechtsgeschäft, und zwar von Anfang an, gültig oder ungültig. Die in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungültigkeit kann

strittenen Herrschaft ist diese Ansicht im Proceß und im Eherecht gelangt. Vgl. noch Seuff. Arch. VI S. 455—458. (Dem an diesem Orte bezeichneten Bedürfniß hilft die römische condictio possessionis ab. Das Erk. XVIII. 113 gibt actio in factum, wodurch in der That nichts erklärt ist.)

[7] Dieser Ausdruck ist durch Savigny zu einer fast allgemeinen Anerkennung gelangt, obgleich er nicht ganz paßt, da er den Fall, wo gegen den von dem Rechtsgeschäft erzeugten Anspruch nur eine Einrede begründet ist, schlecht bezeichnet. — Man begegnet wohl der Ansicht, die Anfechtbarkeit sei nicht selbst Ungültigkeit, sondern eröffne nur die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen; dasselbe sei nicht eher ungültig, bis die Anfechtbarkeit durchgeführt worden sei. Am bestimmtesten ist diese Ansicht von Wächter (II S. 653 [Note 3]. 656. 657) und jetzt von Brinz S. 1633. 1634 ausgesprochen worden; vgl. auch Sintenis I S. 211. 218 und unten Note 9 a. E. Wenn der aufgestellte Begriff der Ungültigkeit richtig ist, so ist diese Ansicht unrichtig. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige; es findet hier ein Unterschied in der Art und Weise, und, wenn man will, im Grade der Hemmung statt; aber das thut dem Wesen des Begriffs keinen Eintrag. Offenbar unter dem Einflusse dieser Auffassung steht die Behauptung Wächter's (II S. 656, vgl. Unger II S. 161), daß, wenn in Folge der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes seine Wirkung wiederaufgehoben werde, dieß nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit, geschehe. Geht man dagegen davon aus, daß die Anfechtbarkeit selbst schon Ungültigkeit sei, die Wiederaufhebung Folge und Ausdruck der Ungültigkeit, nicht ihr Grund, so gelangt man umgekehrt zu dem Satze, daß die Wiederaufhebung auch für die Vergangenheit wirke, und man wird in den Fällen, wo das positive Recht der Wiederaufhebung ausgesprochenermaßen eine solche Wirkung nicht beilegt, nur eine Abweichung von dem Principe erblicken.

[7a] S. auch l. 5 C. de servo pign. dato 7. 8. Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus S. 123 Note 82.

an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein; gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall[8]. Derselbe unterscheidet sich von der (entschiedenen) Anfechtbarkeit dadurch, daß in ihm das von dem Willen der betreffenden Person Abhängige ist, ob von einer irgend welchen Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt soll geredet werden können, bei der Anfechtbarkeit hingegen, ob die von dem Rechtsgeschäfte zweifellos an und für sich hervorgebrachte rechtliche Wirkung zur thatsächlichen Geltung gelangen soll, oder nicht[9].

---

[8] Insofern in demselben die Richtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person abhängt, kann man sie auch eine relative Nichtigkeit nennen, wo denn die entschiedene Nichtigkeit als absolute erscheint. — Es ist gegen die s. g. relative Nichtigkeit eine lebhafte Opposition erhoben worden in einem gründlich geschriebenen Aufsatz von Brandis (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 4. 5 [1834]), und diese Opposition hat vielfachen Anklang gefunden, vgl. z. B. Vangerow I S. 397. 518. 630 (7. Aufl.). II §. 485 Anm. z. E., Sintenis I §. 24 Note 17, Böcking I §. 119. d. e. Versteht man, wie das freilich gewöhnlich geschieht, unter relativer Nichtigkeit eine Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden ist, für den Andern nicht, so ist das allerdings ein in sich verkehrter Begriff; versteht man unter ihr das im Text Angegebene, so macht ihr Begriff keinerlei Schwierigkeit. Jedenfalls ist derselbe unentbehrlich für das heutige katholische Eherecht (vgl. übrigens auch Brinz S. 1644). Ob aber alle die Fälle, welche man gewöhnlich zur relativen Nichtigkeit zählt, wirklich unter dieselbe gehören, ist eine andere Frage; was namentlich die s. g. relative Nichtigkeit zweiseitiger Verträge angeht, s. II §. 321 Note 22—24. Wächter (II S. 669) faßt die unentschiedene Nichtigkeit, als Gültigkeit auf, welche durch die Erklärung einer Partei zur Nichtigkeit, d. h zur Unwirksamkeit von Anfang an, werde. Für uns wäre das Anfechtbarkeit, da wir nicht zugeben, was Wächter behauptet, daß es im Begriffe der Anfechtbarkeit liege, daß das angefochtene Rechtsgeschäft nur für die Zukunft unwirksam werde (Note 7). In anderen Fällen, welche gewöhnlich als Fälle der relativen Nichtigkeit bezeichnet werden, nimmt Wächter (S. 667) eine Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung einer Partei zur Gültigkeit werde, so namentlich in dem Fall, wo ein Geschlechtsunreifer einen zweiseitigen Vertrag ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossen hat. Dieß ist auch die Auffassung von Unger II S. 149, während Schliemann Lehre vom Zwange S. 137. 138 richtig betont, daß vor der Entscheidung weder Gültigkeit noch Nichtigkeit vorhanden ist.

[9] Welcher Unterschied freilich praktisch in dem Falle keiner ist, wo die Anfechtung nur Erklärung der betreffenden Person voraussetzt. — Savigny (IV S. 539) zählt die Anfechtbarkeit selbst zur unentschiedenen Ungültigkeit. Es liegt dem die in Note 7 bezeichnete Verwechslung zu Grunde (vgl. IV S. 560).

3. Die Ungültigkeit kann eine ursprüngliche oder eine nachfolgende sein; derjenige Umstand, welcher die Willenserklärung ihrer Kraft beraubt, kann sogleich mit der Willenserklärung vorhanden sein, oder erst nach ihr eintreten[10]. Ueber die Frage, ob jeder Umstand, welcher, wenn er sogleich vorhanden gewesen wäre, die Willenserklärung ungültig gemacht haben würde, auch durch sein späteres Eintreten die Ungültigkeit der Willenserklärung herbeiführe, s. die Note[11].

---

[10] An einer nachfolgenden Ungültigkeit leidet z. B. das Testament nach der Geburt eines nicht berücksichtigten Notherben, die bedingte Veräußerung einer Sache nach dem Untergang der Sache. Aber nicht wird eine nachfolgende Ungültigkeit durch die Geltendmachung der Anfechtbarkeit begründet (Note 7). Ebenso wenig ist eine nachfolgende Ungültigkeit vorhanden, wenn eine bisher unentschiedene Ungültigkeit sich in eine entschiedene verwandelt; dadurch wird nicht eine Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäftes nachträglich begründet, sondern festgestellt, daß eine Mangelhaftigkeit von Anfang an vorhanden gewesen ist. S. auch die folgende Note.

[11] 1) Von Ungültigwerden einer Willenserklärung darf nur da geredet werden, wo dieselbe in die Lage kommt, die von ihr beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht mehr erzeugen zu können, nicht aber da, wo die von ihr erzeugte rechtliche Wirkung hinterher wiederaufgehoben wird. Die Quellen ziehen jedoch auch dieses letztere Verhältniß in die Betrachtung mit hinein, und fragen, ob die von einem Rechtsgeschäft oder einem sonstigen Thatbestand erzeugte rechtliche Wirkung dadurch wieder aufhöre, daß ein Umstand eintritt, welcher die Entstehung der Wirkung ausgeschlossen haben würde. L. 85 §. 1 D. de R. I 50. 17. „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt". S. ferner l. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1, und andererseits l. 98 pr. i. f. eod., l. 11 D. de serv. 8. 1, l. 16 D. ad leg. Aquil. 9. 2, §. 6 I. de nox. act. 4. 8. 2) Die im Text aufgeworfene Frage setzt also solche Willenserklärungen voraus, welche nicht sofort die rechtliche Wirkung, auf welche sie gerichtet sind, zu erzeugen beabsichtigen; sie greift namentlich Platz bei letztwilligen, bei bedingten (im weiteren Sinn) und bei befristeten Willenserklärungen. Zur Beantwortung der Frage wird man aber zwischen den verschiedenen Erfordernissen der Gültigkeit der Willenserklärungen zu unterscheiden haben. a) Die Rechtsfähigkeit des Subjects muß bis zu dem Zeitpunkte dauern, zu welchem die Willenserklärung Wirksamkeit gewinnen soll. S. III §. 563 Num. 1. §. 639 Num. 1 und l. 14 §. 1 de nov. 46. 2. b) Ebenso muß der Inhalt des erklärten Willens noch zu dieser Zeit den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. S. III §. 549 Num. 1. §. 563 Num. 3. §. 639 Num. 2. 3, l. 14 pr. D. l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de peric. 18. 6, l. 98 pr. D. de V. O. 45. 1. c) Dagegen schadet Wegfall der Handlungsfähigkeit des Subjects regelmäßig nicht. L. 20 §. 4 D. qui test. 28. 1,

4. Die Ungültigkeit bezieht sich entweder auf den gesammten Umfang des in einem Rechtsgeschäft Gewollten, oder nur auf einen Theil desselben[12].

5. Die Ungültigkeit ist vorhanden entweder für das Recht überhaupt, oder nur für denjenigen Rechtssatz, welchen der das Rechtsgeschäft Abschließende zunächst in's Auge gefaßt hat. Den Anforderungen, welche dieser Rechtssatz an ein gültiges Rechtsgeschäft stellt, genügt das Rechtsgeschäft nicht; dagegen entspricht es den Anforderungen eines anderen Rechtssatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht[13]. Indem das Rechtsgeschäft nach diesem letzteren Rechtssatz aufrecht erhalten wird, befolgt man den präsumtiven Willen seines Urhebers[14]. Gewöhnlich

---

l. 1 §. 9 D. de B. P. s. t. 37. 11, l. 2 §. 5 D. de don. 39. 5. S. andererseits §. 74 Note 2a. Literatur: Wächter II S. 669, Böcking §. 119 h. i. Unger II S. 144, Brinz S. 1637 fg.

[12] So ist die nicht insinuirte große Schenkung gültig bis zur Insinuationssumme, ungültig, soweit sie diese Summe überschreitet. — Die Ungültigkeit, welche sich auf einen Theil des Gewollten bezieht, hat die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts dann zur Folge, wenn ohne den ungültigen Theil auch der andere Theil rechtlich nicht bestehen kann, oder nach der Absicht des Urhebers nicht bestehen soll. So ist das Zinsversprechen ungültig, wenn das Capitalversprechen es ist. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent", l. 129 §. 1 D. de R. I. 50. 17, vgl. l. 178 eod. Sonst heißt es: „utile non debet per inutile vitiari", c. 37 de R. I. in VI° 5. 13, l. 1 §. 5 D. de V. O. 45. 1.

[13] Beispiele. Ein Soldat will nach gemeinem Rechte testiren, und erfüllt nicht die Anforderung desselben; sein Testament ist immerhin gültig nach dem besonderen Recht des Soldatenstandes (l. 3 D. de test. mil. 29. 1). Ein nach dem Recht der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erlaßvertrag kann gültig sein nach dem Recht des pactum de non petendo (l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. 46. 4). Ein ungültiges Wechselversprechen kann gültig sein nach dem Rechte des Schuldscheins, ein ungültiger Erbvertrag nach dem Rechte des Testaments (III §. 529 Note 39).

[14] „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia", l. 3 D. de test. mil. *cit.* Selbst da nehmen unsere Quellen keinen Anstand, es für das Wahrscheinlichste zu halten, daß der Urheber des Rechtgeschäftes Wirkung desselben nicht bloß nach dem zunächst in's Auge gefaßten Rechtssatz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Rechtssatz ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften, so namentlich bei acceptilatio und pactum de non petendo. Wenn dagegen

spricht man in diesem Falle von einer „Conversion" des Rechtsgeschäftes[15].

2. Heilung der Ungültigkeit.

§. 83.

Kann ein ungültiges Rechtsgeschäft hinterher gültig werden? Kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts geheilt werden[1]? Die Umstände, welche hier in Betracht kommen, sind folgende.

1. Wegfallen des Ungültigkeitsgrundes, also Aufhebung der Thatsache, deren Vorhandensein, Entstehen der Thatsache, deren Mangel die Ungültigkeit zu Wege gebracht hat. Auszugehen ist davon, daß hierdurch die Ungültigkeit nicht geheilt wird; es kann jetzt eine Willenserklärung, welcher die rechtliche Anerkennung zu Theil wird, neuerdings abgegeben werden, aber deßwegen ist es nicht weniger wahr, daß der abgegebenen die rechtliche Aner-

---

der wirklich zutreffende Rechtssatz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der in's Auge gefaßte, wenngleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäftes nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt sei. Daraus erklären sich die Entscheidungen in l. 1 §. 4 D. de pec. const. 13. 5, l. 9 D. de spons. 23. 1, l. 1 D. de iure. cod. 29. 7. Daß übrigens hier die Grenze keine scharf gezeichnete ist, und daher im einzelnen Fall der Auslegung viel überlassen werden muß, liegt auf der Hand. Unger (Inhaberpapiere S. 92. 93) geht wohl zu weit, wenn er auf Grund von l. 47 D. de O. et A. 44. 7 bei allen Obligationsacten die Präsumtion für die Nichterstreckung sprechen läßt. L. 1 §. 2 D. de V. O. 45. 1 gehört nur unter der Voraussetzung hierher, daß durch ein nudum pactum nach römischem Recht eine naturalis obligatio erzeugt wurde, worüber zu vergleichen ist II §. 289 Note 1. S. noch III §. 631 Num. 4.

[15] Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt. Das Rechtsgeschäft wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem andern gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das, was es ist, es wird nur eine nicht offen liegende Seite desselben herausgekehrt. — Eine besondere Behandlung dieser Lehre hat Römer (Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 4 [1853]) gegeben; vgl. auch Unger Inhaberpapiere S. 90—94.

§. 83. [1] Gewöhnlich spricht man von Convalescenz der Rechtsgeschäfte, obgleich der Ausdruck convalescere weder an und für sich auf den Fall beschränkt ist, wo ein Rechtsgeschäft durch Gültigwerden Wirksamkeit gewinnt, noch in den Quellen darauf beschränkt wird. In l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 wird er sogar von einem nachstehenden Pfandrecht gebraucht, welches durch Wegfallen des vorhergehenden zur vollen Wirksamkeit gelangt.

kennung nicht zu Theil geworden ist[2]. Nur in Ausnahmefällen begnügt sich das Recht auch mit einem späteren Eintreten des zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes Erforderlichen. So namentlich, wenigstens regelmäßig[3], da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der Consens einer dritten Person erforderlich ist; die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes wird hier durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses, durch die Genehmigung[4] dieser dritten Person, geheilt[5]. Diese Genehmigung hat auch rückwirkende Kraft, so jedoch, daß in der Zwischenzeit entstandene Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden[6]. Ferner gehört hierher, wenig=

---

[2] L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere".

[3] Eine Ausnahme findet z. B. Statt bei der auctoritas tutoris (§. 71 Note 7). S. ferner l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, pr. I. de nupt. 1. 10 (freilich auch l. 12 pr. D. de his qui not. 3. 2).

[4] Es ist dieß eine der ferneren Anwendungen des Begriffs der Genehmigung (ratihabitio), auf welche in §. 74 Note 3 hingewiesen worden ist. Die Literaturangaben s. daselbst. Die das. citirte Schrift von L. Seuffert über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte handelt von diesem Fall der Genehmigung S. 95—116.

[5] Der wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, wo Jemand die Verfügung, welche ein Anderer über seine Rechtssphäre getroffen hat, genehmigt (§. 81 Note 7). Andere Fälle sind: der Curator genehmigt die vom Minderjährigen gemachte Veräußerung, der Vater das dem Haussohne gegebene Darlehn (l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28), der Gläubiger die einem Anderen zum Zwecke der Tilgung der Schuld gemachte Zahlung (l. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3). — Nicht ganz auf gleicher Linie mit der Genehmigung steht der Fall, wo zu einem Rechtsgeschäfte in dem Sinne die Mitwirkung Mehrerer erforderlich ist, daß Jeder als selbständig Handelnder aufzutreten hat, wie bei der Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthum stehenden Grundstück oder für ein solches Grundstück. Aber auch in diesem Falle ist anerkannt, daß die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer nicht gleichzeitig zu erfolgen brauchen, allerdings nur mit einer Beschränkung, und ohne daß der letzten Willenserklärung rückwirkende Kraft beigelegt wird. S. l. ult. D. comm. praed. 8. 4 und §. 212 Note 3. 8. Vgl. auch l. 8 §. 2 D. de opt. leg. 33. 5. Ihering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 91 Note 94. X S. 465 fg., Regelsberger civilrechtliche Erörterungen S. 36 fg., Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 155. 236 fg., Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 179 fg.

[6] Es gilt hier dasselbe, was oben (§. 74 Note 6) in Betreff der Genehmigung der von einem Dritten in unserem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gesagt wurde, nämlich daß zwar an und für sich der Genehmigung

stens in einem gewissen Sinne, der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungsrecht nicht hat, aber hinterher erwirbt[7]. Endlich wird die Gültigkeit eines bedingten Rechtsgeschäfts, was den Inhalt des erklärten Willens angeht, lediglich nach dem Zustande zur Zeit der Erfüllung der Bedingung bemessen[7a].

2. Bestätigung. Unter Bestätigung wird verstanden die Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäftes, daß dasselbe gültig sein solle[8]. Es versteht sich von selbst, daß die Bestätigung, um wirksam zu sein, nicht ihrerseits an einem Ungültigkeitsgrunde, und namentlich nicht an demselben Fehler leiden darf, welcher der bestätigten Willenserklärung anklebt. Was aber die Wirkung der Bestätigung näher angeht, so ist zu unterscheiden zwischen dem

---

rückwirkende Kraft nur in dem Sinne beigelegt werden kann, daß der Genehmigende verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes schon damals eingetreten, daß aber l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 nöthigt, weiterzugehen, und der Genehmigung rückwirkende Kraft schlechthin zuzuschreiben (s. Note 10), wobei jedoch die im Texte hinzugefügte Beschränkung sich von selbst versteht. Vgl. in dieser Beziehung noch Seuff. Arch. XXV. 298. Für die Rückwirkung sprechen auch l. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, obgleich diese Stellen allerdings keinen unumstößlichen Beweis enthalten, ferner l. 71 §. 1. 2 D. de sol. 46. 3, mit welcher Stelle freilich l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8 in directem Widerspruch steht; widersprechend auch l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15. Aber auf Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Betreff der Wirkung der Genehmigung deutet auch Justinian in der citirten Codexstelle hin. Vgl. §. 74 Note 6 Num. 4.

[7] Davon näher unten §. 172 Note 5—8, §. 172a Note 3. Vgl. einstweilen l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

[7a] Nicht aber was die Fähigkeit der handelnden Person und was die Erfordernisse des Willensactes angeht. S. l. 31 l. 98 pr. D. de V. O. 45. 1 (freilich auch l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) und III §. 638 Note 6. Unbedingte letztwillige Verfügungen stehen unter der Regel, s. III §. 638.

[8] Gewöhnlich wird die Bestätigung als Genehmigung bezeichnet, und so thun auch die Quellen, welche regelmäßig von ratihabitio und nicht von confirmatio sprechen. So ergibt sich also wieder ein neuer Sinn (vgl. Note 4 und §. 74 Note 3) des Ausdrucks Genehmigung (ratihabitio). Bei der ohnehin hinreichend großen Vieldeutigkeit desselben ist es gewiß gerechtfertigt, ihn von der Bestätigung fernzuhalten. Von diesem Fall der Genehmigung handelt die Schrift von L. Seuffert über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 117—159.

anfechtbaren und dem nichtigen Rechtsgeschäft. Bei dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wirkt die Bestätigung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, und gewährt so der von Anfang an vorhanden gewesenen Wirkung des Rechtsgeschäftes die Möglichkeit freier Entfaltung[9]. Was die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes angeht, so wäre an und für sich zu sagen, daß dieselbe als Bestätigung überhaupt keine Wirkung auszuüben vermöge, da das gar nicht Vorhandene auch nicht kräftig gemacht werden könne, sondern nur als neuer Abschluß eines Rechtsgeschäfts gleichen Inhalts. Das römische Recht hat sich jedoch hierüber hinweggesetzt und die Bestätigung auch des nichtigen Rechtsgeschäfts als Bestätigung allerdings anerkannt. Ja es legt derselben sogar rückwirkende Kraft bei. Dieser letztere Satz erleidet jedoch wesentliche Einschränkungen: er gilt nicht, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig war wegen Formmangels, oder ans einem Grunde öffentlichen Interesses, und er gilt nicht gegenüber Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit erworben sind[10].

---

[9] Beispiele in l. 3 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 4 C. de his quae vi 2. 20.

[10] Nach der jetzt herrschenden Meinung (Literaturangaben §. 74 Note 3) soll die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts wirken, und daher auch der rückwirkenden Kraft ermangeln. Ich wiederhole, daß die Rechtsconsequenz dieß allerdings verlangt; nur müßte hinzugefügt werden, daß der Genehmigende immerhin obligatorisch gebunden sei, sich so behandeln zu lassen, als sei die Wirkung des jetzt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bereits früher eingetreten (§. 74 Note 6). Aber die Rechtsconsequenz wird meiner Ansicht nach überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, wiederholt in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (c. 10 d. R. I. in VI° 5. 13), vgl. auch l. 8 C. si maior factus 5. 74, Nov. 162 c. 1 (nicht glossirt). Die herrschende Meinung geht zu leicht über diese Stellen hinweg, und auch L. Seuffert a. a. O. 122 fg. ist es nicht gelungen, die Beweiskraft namentlich der l. 25 C. cit. zu brechen. In dieser Stelle schreibt Justinian vor, daß die letztwillige Bestätigung einer Schenkung zwischen Ehegatten oder einer sonstigen wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtigen Schenkung die Schenkung von Anfang an gültig machen solle, wenn beim Abschlusse derselben die Form gewahrt sei, sonst nur von der Zeit der Bestätigung an. Dann fügt er hinzu: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt". Das Wenigste nun, was aus diesen Worten entnommen werden muß, ist, daß Justinian eine jede Bestätigung überhaupt als Bestätigung, und nicht als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes angesehen wissen

3. Ablauf der Zeit. Durch Ablauf der Zeit kann ein ungültiges Rechtsgeschäft in sofern gültig werden, als die Berufung auf seine Ungültigkeit durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeit beschränkt sein kann. Eine solche Beschränkung tritt immer ein, wenn die Ungültigkeit durch einen gegen das Rechtsgeschäft gerichteten Angriff geltend gemacht werden muß; sie kommt vor auch bei nichtigen Rechtsgeschäften[11].

---

will, so daß also z. B., wenn bei dem nichtigen Rechtsgeschäft die Form gewahrt worden ist, dieselbe bei der Bestätigung nicht wiederholt zu werden braucht. Es liegt nahe, den Versuch zu machen, ob sich nicht die genannten Worte so auslegen lassen, daß sie auch nur dieses sagen wollen, so daß also die rückwirkende Kraft der Bestätigung immer noch ausgeschlossen bliebe. Dafür läßt sich anführen, daß Justinian in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 offenbar selbst seinen Ausspruch nur in diesem Sinne anwendet: die Genehmigung ist fähig, der früher vorgenommenen Handlung Wirkung zu verleihen, man darf nicht sagen, daß die Genehmigung unwirksam sei, weil sie ein juristisches Nichts vorfinde. Aber auch diese Auslegung scheitert, wie ich glaube, vollkommen an dem übrigen Inhalt der l. 25 C. cit. Denn der fraglichen allgemeinen Verfügung derselben geht unmittelbar vorher eine Bestimmung, welche der Bestätigung nicht Wirkung überhaupt, sondern Wirkung von der Zeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes an beilegt, und diese Bestimmung eben ist es, welche sie verallgemeinert. So unbefriedigend das Resultat ist, welches sich hieraus ergibt, so wenig kann es, wie ich glaube, beseitigt werden. Unbefriedigend ist das Resultat namentlich aber auch deßwegen, weil der Satz von der rückwirkenden Kraft der Bestätigung nun doch wieder nicht ohne Ausnahmen anerkannt werden kann. Denn auch abgesehen davon, daß durch die rückwirkende Kraft der Bestätigung Rechte, welche für Dritte in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt werden können, was sich von selbst versteht, geht aus der Stelle selbst hervor, daß die rückwirkende Kraft durch einen Formmangel des ursprünglichen Rechtsgeschäfts ausgeschlossen wird. Und ebensowenig läßt sich annehmen, Justinian habe bestimmen wollen, daß auch in denjenigen Fällen das Rechtsverhältniß rückwärts existent werden solle, wo das Recht demselben im Interesse der öffentlichen Ordnung seine Anerkennung versagt hatte, wie z. B. in den Fällen der l. 4 §. 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 §. 1 D. de R. N. 23. 2, l. 6. 8 C. de nupt. 5. 4. Vgl. aus dem früheren Rechte noch l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 4 D. pro don. 41. 6. Gegen die herrschende Meinung hat sich neuerdings Köppen Jahrb. f. Dogm. XI. S. 156 fg. ausgesprochen, aber mit Berufung weniger auf die positive Bestimmung des römischen Rechts, als auf die Natur der Sache (nach dem Recht der Bedingung), was ich nicht für richtig halte. — Zu den Dritten, deren inzwischen erworbene Rechte durch die Bestätigung nicht beeinträchtigt werden können, muß bei Verträgen auch der andere Contrahent gerechnet werden, wenn er inzwischen zurückgetreten ist. Vgl. Seuff. Arch. XXV. 298.

### 3. Einfluß eidlicher Bestärkung auf die Ungültigkeit.

### §. 83a.

Es ist noch die Frage zu beantworten, ob eine an und für sich ungültige Willenserklärung durch eidliche Bestärkung[1] gültig wird. Im Princip ist diese Frage zu verneinen[2]. Davon gibt es zwei sichere Ausnahmen[3]: der Eid macht gültig die Willenserklärungen geschlechtsreifer Minderjähriger[4], und die Zustimmung einer Ehefrau zur Veräußerung ihres unbeweglichen Dotalvermögens[5]. Viel weiter geht eine in der Doctrin und Praxis weit verbreitete Ansicht; dieselbe läßt durch den Eid alle Willenserklärungen gültig werden, welche nicht durch die Gesetze geradezu verboten sind[6].

---

[11] S. z. B. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Im Uebrigen s. die in Note 2 abgedruckte l. 29 D. de R. I. 50. 17.

[*] Glück IV §. 341. Thibaut logische Auslegung §. 61. Weber natürliche Verbindlichkeit §. 118—128. Pfeiffer prakt. Ausführungen III. 9. Mühlenbruch Forts. von Glück XXXVIII S. 191 fg. Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXV S. 227—255. Wächter II S. 773, Sintenis II S. 306 und dazu Anm. 1, Vangerow I §. 170, Puchta §. 253, Arndts §. 240 Nr. 1, Keller §. 226, Savigny System VII S. 49—53.

§. 83a. [1] Erklärt sofort bei Abgabe der Willenserklärung oder nach derselben bei Fortdauer des Ungültigkeitsgrundes.

[2] L. 7 §. 16 D. de pact. 2. 14, l. 5 §. 1 C. de legib. 1. 14.

[3] Das römische Recht machte noch eine fernere Ausnahme bei Verträgen, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, l. 7 pr. §. 1 D. de op. lib. 38. 1, ep. Gaii II. 9 §. 5. Die Ausnahme der l. 4 C. de rec. 2. 56 ist durch Nov. 82 c. 11 wieder aufgehoben worden. Vgl. noch Mommsen röm. Staatsrecht I S. 202 Note 1.

[4] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. Die Glossatoren stritten darüber, ob dieses Gesetz sich nur auf anfechtbare (der Wiedereinsetzung unterworfene), oder auch auf nichtige Willenserklärungen beziehe. Durch ein Gesetz Friedrich II., welches im Codex als Auth. *Sacramenta puberum* hinter der angeführten Stelle steht, wurde der Streit zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalter IV S. 162 fg.

[5] C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11. Wenn das canonische Recht außerdem noch den Erbverzicht durch eidliche Bestärkung gültig werden läßt (c. 2 in VI° de pact. 2. 18), so ist derselbe nach heutigem Recht schon an und für sich gültig.

[6] Man sieht in den genannten Entscheidungen des canonischen Rechts den Ausdruck eines allgemeinen Princips, und beruft sich dafür auf die Motivirung derselben (c. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent,

## D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

### 1. Im Allgemeinen.

### §. 84*.

Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung, diesen Willen festzustellen.

Die Auslegung hat auch hier, wie da, wo der Sinn von Rechtsbestimmungen festgestellt werden soll, auszugehen von dem Wortsinn, d. h. von demjenigen Sinne, welcher den gebrauchten Worten nach den Sprachregeln zukommt. Dabei ist aber Rücksicht zu nehmen nicht bloß auf den besonderen Sprachgebrauch des Ortes, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, sondern auch auf die individuelle Redeweise des Erklärenden[1].

Ist der Wortsinn kein unzweifelhafter, so muß der wirkliche Sinn der abgegebenen Erklärung gefunden werden mit Rücksicht theils auf ihren übrigen unzweifelhaften Inhalt[2], theils auf den Werth des Resultates[3], vorzugsweise aber mit Berücksichtigung

---

nec observata vergant in praeiudicium salutis aeternae", ähnlich c. 2 in VI° de pact. 2. 18; vgl. auch c. 8 X. de iurei. 2. 24, c. 58 in VI° de R. I. 5. 13). Aber bei der großen Gefährlichkeit eines solchen allgemeinen Princips ist es höchst bedenklich, dasselbe ohne Anhalt in einer directen gesetzlichen Sanction als rechtsverbindliche Norm aufzustellen; auch hat man sich über die demselben hinzuzufügenden Beschränkungen im Einzelnen nie vereinigen können, vgl. namentlich Weber S. 537 fg. Gegen die Ausdehnung der Vorschriften sind von den angeführten Schriftstellern mit größerer oder geringerer Entschiedenheit: Weber, Pfeiffer, Mühlenbruch, Wächter, Puchta, Sintenis Keller. Auch die neuere Praxis ist nicht mehr constant (s. Pfeiffer a. a. O., Seuff. Arch. II. 261 — gegen III. 53), so daß man die Frage auch nicht als durch ein Gewohnheitsrecht erledigt ansehen darf. Nur für den Fall der Intercession einer Frau, für welchen c. 9 X. de iurei. 2. 24 einen besonderen Anhalt gewährte, ist ein solches Gewohnheitsrecht wohl nicht zu bezweifeln (II. 486 Note 5).

* Wächter II §. 108, Böcking I §. 117, Brinz §. 358. Savigny Obligationenrecht II S. 189—195. Burckhard die civilistischen Präsumtionen S. 249—269.

[1] L. 50 §. 3 D. de leg. I° 30, l. 65 §. 7 l. 69 §. 1 D. de leg. III° 32, l. 18 §. 3 D. de instr. 33. 7, l. 34 D. de R. I. 50. 17. §. 84.

[2] L. 50 §. 3 D. de leg. I° 30.

[3] L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua

der Gesammtheit der Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Führen auch diese Mittel nicht zum Ziele, so ist gegen denjenigen zu entscheiden, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrags oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist[4], sodann für die mildere Auslegung[5] und zu Gunsten gewisser Rechtsverhältnisse, wohin außer der Dos[6] namentlich die letztwilligen Zuwendungen[7] gehören.

Von den zuvor erwähnten Mitteln darf aber nicht bloß zu dem Zwecke Gebrauch gemacht werden, um die Zweifel, welche der Wortsinn übrig läßt, zu beseitigen; sie berechtigen auch, bei unzweifelhaftem Wortsinn im Gegensatz zu demselben den wahren Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen[8]. Natürlich ge-

---

oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit". L. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est". L. 31 D. de evict. 21. 2. Seuff. Arch. III. 301.

[4] L. 38 §. 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de reb. dub. 34. 5. Seuff. Arch. I. 347, III. 324, XXV. 127. Wenn es in den Quellen heißt, daß Kauf- und Miethverträge gegen den Verkäufer und Vermiether ausgelegt werden sollen (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), so ist das mit Maßgabe des im Texte Gesagten zu verstehen, vgl. auch l. 25 pr. l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Seuff. Arch. XXVII. 90.

[5] L. 56 D. de R. I. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt". L. 168 pr. l. 192 §. 1 eod., l. 32 §. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Hierher gehört auch die Regel: „semper in obscuris quod minimum est sequimur", l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Vgl. auch l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

[6] L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 2 D. de I. D. S. außerdem l. 176 D. de R. I.

[7] L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur". L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, l. 12 §. 2 i. f. D. de usu 7. 8.

[8] L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad 'heredem' eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit". L. 3 C. de lib. praet. 6. 28: — „cum . . manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat". Seuff. Arch. VI. 324. HGB. Art. 278.

nügt aber nicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Erklärende etwas Anderes gemeint als gesagt habe[9]; und auch wenn dieß vollständig feststeht, ist doch immer noch erforderlich, daß seine Erklärung als ein irgend welcher Ausdruck seines wahren Willeins angesehen werden könne[10].

In allen diesen Beziehungen aber besteht noch ein wesentlicher Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Willenserklärungen. Bei jenen genügt, daß der Wille des Erklärenden überhaupt erkennbar sei; bei diesen ist außerdem erforderlich, daß er auch dem anderen Contrahenten erkennbar gewesen sei. Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des anderen Contrahenten in demjenigen Sinn, in welchem er sie auffassen mußte[11].

Aus dem zuletzt gedachten Grunde findet auch die eigene Auslegung des Erklärenden ihre Haupt-, wenn nicht ihre einzige Anwendung bei letztwilligen Verfügungen[12].

## §. 85.

Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäftes ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum

---

[9] L. 25 §. 1 D. de leg. III° 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio". L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem".

[10] L. 7 §. 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur".

[11] Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. IV S. 72. Seuff. Arch. VII. 67, XVIII. 227. Mit hierher sind auch die Aussprüche der Note 7 zu ziehen.

[12] Vgl. l. 21 §. 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17; l. 12 D. de transact. 2. 15. — Außerdem darf nach dem zu Note 7 Bemerkten die eigene Auslegung in die Worte nichts hineintragen, welches dieselben auszudrücken entschieden unfähig sind. Man sieht also, wie sehr sich die eigene Auslegung der Rechtsgeschäfte von der authentischen Auslegung der Gesetze unterscheidet; die letztere ist schlechthin bindend.

[1] Dem Kaufvertage z. B. ist wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man essentialia negotii zu nennen, die unwesentlichen accidentalia. §. 85.

Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert — die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen[1].

Die dem erklärten Willen nach seinem Inhalt an und für sich zukommende Wirkung kann von dem wollenden Subject selbst beschränkt werden[2] durch Hinzufügung einer Bedingung, Befristung, Voraussetzung. Hiervon muß im Folgenden näher gehandelt werden.

## 2. Selbstbeschränkungen der Wirkung der Rechtsgeschäfte*.

### a. Bedingung**.

#### α. Begriff und Arten.

§. 86.

Bedingung in dem hierher gehörigen Sinn[1] ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die

---

Wenn man als drittes Glied der Eintheilung die naturalia negotii hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäftes versteht, welche das Recht an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. l. 11 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate"), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, daß sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle. Diesem Vorwurf läßt sich nur in der Weise begegnen, daß man sagt, das Recht bringe in der Ordnung jener naturalia negotii wenn auch nicht den wirklichen (bewußten), doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung, spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten. Vgl. oben §. 22 und Arndts §. 65 Anm., Brinz S 1505 fg.

[2] Vgl. in Betreff dieser Kategorie (Selbstbeschränkung der Wirkung des Willens) Savigny III S. 99. 130. 220, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 307, Voigt condictiones ob causam S. 518. 709, v. Scheurl in der vor §. 86 unter * citirten Schrift S. 3, Eisele Arch. f. civ. Pr. I S. 262 fg., Brinz S. 1515, Wendt in der vor §. 86 bei ** citirten Schrift S. 1.

* v. Scheurl zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (der Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 2. Band 2. Heft). Erlangen 1871.

** Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28. 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis. 6. 46 de condicionibus insertis tam le-

gewollte rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle[2], und zwar wird sowohl diese Bestim-

---

gatis quam fideicommissis et libertatibus. 8. 55 de donationibus quae sub modo vel condicione vel certo tempore conficiuntur. — Für die Schreibart *condicio* spricht die Autorität der Inschriften und der ältesten Handschrifter. S. Fleckeisen Fünfzig Artikel aus einem Hülfsbüchlein für lateinische Rechtschreibung (1861) S. 14. — Savigny III §. 116—124, Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glücks Commentar XLI S. 45—276, Wächter II §. 92—96, Sintenis I §. 20, Unger II §. 82. O. H. Wendt die Lehre von bedingten Rechtsgeschäft. Erlangen 1872.

§. 86. [1] Im weiteren Sinne bezeichnet der Ausdruck jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung. So auch das römische Wort condicio, vgl. z. B. l. 10 §. 1 D. de leg. Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2.

[2] In der 1. Aufl. habe ich mich gegen die Auffassung derjenigen erklärt (Arndts §. 66, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248. 249, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 337. 349, Unger II S. 56. 57 — ich hätte hinzufügen sollen mich selbst: Voraussetzung S. 2. 44. 143 —), welche das Wesen der Bedingung darein setzen, daß durch sie die Existenz des Willens von der Wirklichkeit eines gewissen Umstandes abhängig gemacht werde; ich habe gesagt, daß das Abhängige nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz des Gewollten sei. Uebereinstimmend schon aus der Zeit vorher Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 1, aus der Zeit nachher Römer bedingte Novation S. 82 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 260 fg., Fr. Hofmann die Lehre vom titulus u. modus acquirendi ꝛc. (1873) S. 102 Note 99, in der Sache auch Scheurl S. 75 fg., und in der Negation der bezeichneten Auffassung Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 168 fg., Wendt S. 3 fg. (vgl. §. 89 Note 13a). Dagegen sind für die bezeichnete Auffassung wieder eingetreten: Arndts in der 5. und den folgenden Aufl. a. a. O. Anm. 2, Rudorff zu Puchta §. 59. a (10. Aufl.), Förster Preuß. Privatr. 1 S. 160 fg., und namentlich Unger Oesterr. Erbr. §. 16 Anm. 3. Ich bin auch jetzt noch der gleichen Ansicht. Die Frage ist die: was wird durch die Bewegung des Willensvermögens, welche bei der bedingten Willenserklärung vor sich geht, geschaffen? Ich sage: ein Wille, nur ein in seiner Wirksamkeit einstweilen gehemmter Wille — die Erzeugungskraft für die in der Willenserklärung bezeichnete rechtliche Wirkung, nur in einem einstweilen gebundenen Zustand. Meine Gegner sagen: jene Bewegung des Willensvermögens schafft einen Willen, eine Erzeugungskraft, nicht sofort, sondern erst in Zusammenwirkung mit einem gewissen Umstand. Nun liegt es aber auf der Hand, daß sie doch Etwas schaffen muß, weil sonst der später eintretende Umstand nichts vorfände, was er zur erzeugenden Kraft erheben könnte — da ja die Bewegung des Willensvermögens nicht fortdauert —: und was ist es denn was sie schafft? Ich wüßte nicht, wie man es anders nennen wollte, als eben Wille. Und so auch Arndts: „der in einem Rechtsgeschäft sich be-

mung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung genannt[3]. Wenn aber hier von einer bei der Willenserklärung gemachten Hinzufügung die Rede ist, so darf das nicht so gedacht werden, als hätte dieselbe der Willenserklärung gegenüber ein Dasein für sich; die bedingte Willenserklärung ist eine einige, nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens[4].

---

thätigende Wille kann das Wollen des Rechtserfolges, auf welchen er gerichtet ist, . . von irgend einer Thatsache abhängig machen". Ein Wille, welcher das Wollen abhängig macht! Nach Unger ist in der bedingten Willenserklärung zwar ein Sichsetzen des Willens enthalten, aber ohne das Resultat sofortigen Gesetztseins; das Gesetztsein hängt ab von dem Eintritt der Bedingung. Höchst eigenthümlich Brinz 1443 fg.: der Wille ist nicht ohne die Erfüllung der Bedingung, aber wenn die Erfüllung eintritt, vor ihr. — Auch die Formulirung derjenigen ist nicht zu billigen, welche als das durch die Bedingung abhängig Gemachte die Existenz des Rechtsgeschäfts bezeichnen (sie finden sich z. B., jedoch neben Anderem, bei Puchta §. 59, Wächter II S. 689. 690). Wenngleich diese Formulirung nicht ohne Anhalt in den Quellen ist (s. z. B. §. 1 I. de emt. 3. 23, l. 19 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), so ist es doch unleugbar wahr: 1) daß das bedingte Rechtsgeschäft jedenfalls factisch existirt; 2) daß ihm auch rechtliche Anerkennung und rechtliche Wirksamkeit nicht fehlt, wenn es gleich die gewollte rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat (§. 89). — Mit der hier gewählten Formulirung kommt im Wesen diejenige überein, welche als das von der Bedingung Abhängige die Existenz des Rechtsverhältnisses bezeichnet (s. z. B. Savigny III §. 116, Böcking I §. 111); dieselbe erscheint nur deßwegen als nicht ganz zutreffend, weil die Willenserklärung auch auf die Beendigung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein kann.

[3] Auch in dieser Beziehung gilt das Gleiche von dem römischen Ausdruck condicio.

[4] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV S. 248, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1848) S. 24, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 308. 309, Unger II §. 82 Note 3. Es ist nicht leicht, dieses Verhältniß in der Difinition der Bedingung auf unzweideutige Weise zu bezeichnen, und so ist es am Sichersten, vor dem Mißverständniß ausdrücklich zu warnen. Uebrigens scheinen Huschke, Fitting und Unger zu weit zu gehen, wenn sie sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklären, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung der Willenserklärung genannt werde; muß denn unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendigerweise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden? S. jetzt auch Arndts §. 65

Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann auf Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsgeschäftes gerichtet sein. Sie kann namentlich auch gerichtet sein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem letzteren Falle spricht man von einer auflösenden (Resolutiv-) Bedingung, in jedem anderen Falle nennt man die Bedingung eine aufschiebende (Suspensiv-) Bedingung[5]. In der That ist es aber in dem genann-

---

Anm. 2, Unger Oesterr. Erbrecht §. 16 Anm. 3 a. E., Scheurl S. 2. 84, Brinz S. 1515. — Aus dem Gesagten entscheidet sich auch die viel verhandelte Controverse, ob die Behauptung der Bedingtheit des vom Gegner angerufenen Geschäftes von dem Behauptenden bewiesen werden müsse, oder ob umgekehrt der Gegner die Unbedingtheit darzuthun habe. Das Letztere ist das Richtige; nicht, wie man gesagt hat, weil in der Behauptung der Bedingtheit ein Leugnen der Existenz der Willenserklärung liegt, was eben nicht wahr ist (s. Note 2), sondern weil, wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, in der Wirklichkeit nicht die eine Thatsache zugibt und eine andere behauptet, sondern Eine Thatsache zugibt bez. behauptet, die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatsache, eben weil sie nur eine ist, der Gegner nicht auseinanderreißen darf. In diesem Sinne ist die Frage entschieden in einem Erkenntniß der Juristenfacultät zu Greifswald, welches in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V S. 3—13 (mit zahlreichen Druckfehlern!) abgedruckt ist (s. auch Seuff. Arch. XIV. 173 a. E.). Daselbst ist auch die weitschichtige Literatur angegeben; andere Nachweisungen bei Unger §. 129 Note 39, Seuffert Pand. 4. Aufl. §. 87 Note 3, Vangerow I §. 163, Wetzell Civilproc. §. 19 Note 14. Aus der neueren Zeit: O. Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 7 (1862; diese Behandlung des Gegenstandes enthält keinen Fortschritt), Pöschmann über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einfluß auf die Beweislast (1863; diese Schrift entscheidet sich für die Beweislast des die Unbedingtheit Behauptenden aus folgenden Gründen: 1) ein bedingtes Versprechen habe ein anderes Object [spes], als ein unbedingtes, folglich sei Behaupten der Bedingung Leugnen der Identität des Objects; 2) Behaupten der Bedingung sei Leugnen der Vollständigkeit des Klagevortrags), Arndts krit. VJSchr. V S. 13 fg. (1865), Bolgiano Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 329 fg. (1865), Scheurl S. 329 fg. (der sich im Wesentlichen mit den Ausführungen Pöschmann's einverstanden erklärt), Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 170 (1871, der gleiche Grundgedanke), Wendt S. 49. Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173. 252, XVII. 108. 294, XVIII. 236, XXV. 81, XXVI. 7, vgl. III. 222, V. 239, XV. 249; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 z. A. XXV. 230.

ten Falle nicht die Bedingung, welche auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; die s. g. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung[6].

---

[5] Die quellenmäßige Ausdrucksweise, auf welche die gewöhnlich gebrauchten Bezeichnungen Suspensiv- und Resolutivbedingung zurückweisen, sind: negotium condicione suspenditur (z. B. l. 5 C. de per. et comm. 4. 48, l. 25 C. de don. 8. 54) — negotium sub condicione resolvitur (s. die folgende Note).

[6] Dieß ist die Auffassung der auflösenden Bedingung, welche nach dem Vorgang von Thibaut civilistische Abhandlungen S. 359 fg., im Einzelnen mit Abweichungen, vertreten wird von Arndts §. 67 Anm. 1, Scheurl S. 110 fg., Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 544 fg., Köppen das. 190 fg. Dieser Auffassung steht eine andere gegenüber, nach welcher auch die auflösende Bedingung der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist, inhärirt, wie die aufschiebende, und mit ihr eine Einheit bildet; was dann näher entweder so gedacht wird, daß die auflösend bedingte Willenserklärung die rechtliche Wirkung, welche sie schaffe, als eine nicht vollkräftige schaffe, so daß dieselbe einem gewissen Ereigniß gegenüber keine Widerstandskraft habe, — oder so, daß die Willenserklärung, indem sie das Wollen ausspreche, zu gleicher Zeit das Gewolthaben wieder in Frage stelle, welche letztere Auffassung in consequenter Entwicklung dazu führt, den Unterschied zwischen der auflösenden und aufschiebenden Bedingung ganz zu leugnen, wie das wirklich thut Salkowski Novation S. 442 fg. Im Uebrigen vgl. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24, Unger II §. 82 Note 30. 30a, Brinz S. 1469 fg., Wendt S. 2. 3. Welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Den Quellen ist das Rechtsgeschäft, welchem eine auflösende Bedingung hinzugefügt ist, gar kein bedingtes, unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft; es ist ihnen ein unbedingtes Rechtsgeschäft, das „sub condicione resolvitur". Stellen wie l. 2. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 §. 3. 4 D. pro emt. 41. 4 lassen daran nicht den mindesten Zweifel; in l. 2 §. 3 cit. heißt es ausdrücklich: — „sed videamus, *utrum condicio sit hoc an conventio*"? Vgl. auch l. 44 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, wo die auflösende Bedingung eine Bedingung genannt wird, „quae *post perfectam obligationem* ponitur". Wer übrigens diese Auffassung bestreitet, muß nach dem in Note 4 Gesagten auch behaupten, daß die Berufung auf eine auflösende Bedingung nicht zum Beweise verpflichte. So wirklich H. Seuffert krit. VJSchr. V S. 355—358, Bekker Aktionen II S. 290. Auch Pöschmann (Note 4) ist im Princip der gleichen Ansicht, und legt den Beklagten die Beweislast nur aus processualischen Gründen auf. Seuff Arch. XXVI. 7.

## §. 87.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ein thatsächlicher, er kann auch ein rechtlicher sein, z. B. wenn ich Eigenthümer einer bestimmten Sache werden sollte.

Er kann ein positiver oder negativer sein, nicht nur ein Sein oder Geschehen, sondern auch ein Nichtsein oder Nichtgeschehen[1]. Danach theiltman die Bedingungen selbst ein in positive oder affirmative und negative.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann entweder in der Vergangenheit liegen, oder in der Gegenwart, oder in der Zukunft. Liegt er in der Vergangenheit oder Gegenwart, so ist sein Sein oder Nichtsein, und damit das Sein oder Nichtsein der gewollten rechtlichen Wirkung, objectiv sogleich völlig sicher, sollte auch bei Abgabe der Willenserklärung darüber subjectiv noch eine Ungewißheit bestehen[2]. Liegt er in der Zukunft,

---

[1] L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1. §. 87.

[2] §. 6 I. de V. O. 3. 15, l. 37—39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. §. 6 I. cit. „Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti 'si Titius consul fuit', vel 'si Maevius vivit, dare spondes?' Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint". Man darf nicht sagen, daß auch das Sein oder Nichtsein eines zukünftigen Umstandes objectiv sogleich sicher sei, da, wie auch die Zukunft sich gestalte, sie ebenso sich habe gestalten müssen; es kommt darauf an, ob „quantum in natura hominum sit, possit sciri", l. 38 D. de R. C. 12. 1. Doch ist dieser letztere Ausdruck in anderer Beziehung nicht genau. Denn möglicherweise kann auch das Wissen von einem gegenwärtigen Umstand durch „hominum natura" ausgeschlossen sein (z. B. ob ein im Mutterleib befindliches Kind männlichen oder weiblichen Geschlechts ist); deßwegen ist das Sein oder Nichtsein dieses Umstandes und damit das Sein oder Nichtsein der von ihm abhängig gemachten rechtlichen Wirkung nicht weniger objectiv sogleich völlig sicher. Es tritt jetzt für das gewollte Rechtsverhältniß ein factischer Schwebezustand ein, aber kein rechtlicher, und deßwegen geht z. B. das unter einer solchen Bedingung hinterlassene Vermächtniß auf die Erben über, wenn sich auch erst nach dem Tode des Vermächtnißnehmers die Erfüllung der Bedingung herausstellt (vgl. §. 89 Note 8). Vgl. l. 28 §. 5 D. de iud. 5. 1, freilich auch l. 36 D. de solut. 46. 3, und über die verschiedenen Auffassungen Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 326 fg., Scheurl S. 103 fg., Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 99 fg.

so ist auch eine objective Ungewißheit möglich, freilich nicht nothwendig. Sie ist auch in diesem Falle dann nicht vorhanden, wenn der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, nothwendigerweise eintreten muß[3], oder unmöglicherweise eintreten kann[4] (s. g. nothwendige und unmögliche Bedingungen[5]). Nur diejenige Bedingung, in Folge deren ein Zustand objectiver Ungewißheit vorhanden ist, erzeugt eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung; das Verhältniß, welches bei einer sogleich entschiedenen Bedingung stattfindet, kann auch ohne Bedingung vorhanden sein. Dieser Umstand erscheint als so wichtig, daß es von den Bedingungen, welche einen Zustand objectiver Ungewißheit nicht hervorrufen, heißt, sie seien eigentlich keine Bedingungen[6].

---

[3] L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „'Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato'. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere". L. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2. „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari". Nothwendig ist auch das Nichtgeschehen des Unmöglichen, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, §. 11 i. f. I. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Die Nothwendigkeit kann auch eine juristische sein, l. 20 pr. cit.

[4] §. 11 I. de inut. stip. 3. 19. „Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit 'si digito coelum attigero, dare spondes'". Auch die Unmöglichkeit kann nicht bloß auf einem Naturgesetz, sondern auch auf einer Rechtsvorschrift beruhen, l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1. Unmöglich ist auch das Nichtgeschehen des Nothwendigen.

[5] Die Quellen nennen incorrect impossibilis condicio auch die auf das Nichtgeschehen des Unmöglichen gestellte Bedingung, obgleich dieses Nichtgeschehen nothwendig ist. L. 50 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 D. de V. O. 45. 1. Neuere Schriftsteller gebrauchen dafür den Ausdruck negativ unmögliche Bedingungen. Vgl. Arndts Beiträge I S. 163—169.

[6] L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem condicionis obtinet, cum in futurum confertur". L. 10 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7: — „cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel in praesens". L. 79 pr. D. de cond. 35. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1, l. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2 (die erste und vierte Stelle abgedruckt in Note 3). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Willenserklärung unter einer uneigentlichen Bedingung in aller und jeder Beziehung einer unbedingten gleichstehe, s. §. 95 Note 3. — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 13) will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen;

In einem andern Sinn ist diejenige Bedingung keine eigentliche, welche auf einen Umstand gestellt ist, der zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist, auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird[7]. Wenngleich in diesem Fall ein Zustand subjectiver Ungewißheit stattfindet, so hat doch derselbe seinen Grund nicht in der Bedingung, sondern ist mit der Willenserklärung von selbst gegeben[8].

---

eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der nothwendigen und unmöglichen (und der s. g. condicio iuris, s. die folgende Note). Er hat die Quellen gegen sich (in l. 39 de R. C. 12. 1 bildet die Bedingung, welche „in futurum confertur" den Gegensatz zu der Bedingung, durch welche „stipulatio non suspenditur", l. 37 eod.), und die Natur der Sache nicht für sich. Die besonderen Wirkungen, welche Fitting dem, was er eigentliche Bedingung nennt, beilegt (a. a. O. S. 347. 348), sind, abgesehen davon daß sie zum Theil nicht begründet sind, von verschwindender Bedeutung gegenüber der suspendirenden Kraft der Bedingung. Will man aber einmal zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bedingung unterscheiden, so soll man die Grenze entweder da machen, wo die Bedingung überhaupt anfängt irgendwie rechtlich in Betracht zu kommen, oder da, wo ihre Hauptbedeutung liegt. Gegen die ganze Unterscheidung erklärt sich Unger System II S. 58 fg. österr. Erbr. §. 16 Anm. 6, unter Zustimmung von Arndts §. 66 Anm. 11. Gegen Fitting Arndts a. a. O., Vangerow I §. 93 Anm. 1; gegen Fitting und Unger Enneccerus a. a. O. S. 113 fg. Vgl. auch Scheurl S. 100 fg.

[7] Z. B. Verleihung eines Rechts an einer noch nicht existirenden Sache unter der Bedingung, daß sie existent werde; Vermächtniß unter der Bedingung, daß der Eingesetzte Erbe werde. Insofern von einem solchen Umstande das Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung immerhin abhängig ist, wird er in den Quellen condicio auch dann genannt, wenn er in der Willenserklärung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden ist; es ist eine „condicio quae inest tacite", „quae extrinsecus venit" (nicht aus der Willenserklärung), l. 1 §. 3 l. 99 D. de cond. 35. 1, l. 6 §. 1 l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. 21. 68 D. de I. D. 23. 3. Die Neueren gebrauchen für Bedingungen dieser Art, mögen sie ausgedrückt sein oder nicht, mit Vorliebe den Ausdruck condicio iuris (vgl. l. 43 §. 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 21 D. de cond. 35. 1.) Literatur: Vangerow I §. 93 Anm. 2, Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 291 Anm. 10, Scheurl S. 93 fg., Eisele Arch. f. civ. Pr. LIV S. 109 fg., Enneccerus a. a. O. S. 122 fg., Wendt das bedingte Forderungsrecht (1873) S. 15 fg.

[8] Die Bedingung enthält bloß: „figuram", nicht „vim quoque condicionis", l. 69 D. de her. inst. 28. 5. L. 22 §. 1 D. quando dies 36. 2. „Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: 'Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato'.

### β. Wirkung der Bedingung*.

### aa. Im Allgemeinen.

### §. 88.

Die Wirkung der Bedingung ist im Allgemeinen durch die Angabe ihres Begriffes bereits bezeichnet. Die Wirkung der Bedingung ist die, daß sie das Eintreten der Rechtswirkung, auf welche die Willenserklärung gerichtet ist, abhängig macht von ihrer Erfüllung. Dieß gilt in gleicher Weise von der auflösenden, wie von der aufschiebenden Bedingung; nur ist die von der Erfüllung der auflösenden Bedingung abhängige Rechtswirkung eben die Wiederauflösung der durch das Hauptgeschäft erzeugten Wirkung.

Ist nun die Erfüllung[1] der Bedingung sogleich sicher, so tritt auch die Wirkung der Willenserklärung sogleich ein; dieselbe ist gleich einer unbedingten. Bei der auflösenden Bedingung tritt also die Wiederauflösung des Rechtsverhältnisses in demselben

---

Nam pro non scripto ea condicio, erit, ut omnino ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit". L. 107 D. de cond. 35. 1, 2 D. de cond. inst. 28. 7, l. 69 D. de her. inst. 28. 5 (cf. l. 65 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 69 D. de cond. 35. 1). — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 312) behauptet, jede stillschweigende Bedingung könne dadurch zu einer eigentlichen gemacht werden, daß sie in dieser Absicht ausgesprochen werde. Er hat dafür keinen andern Beweis, als l. 19 §. 1 D. de cond. 35. 1. Der wahre Inhalt dieser Stelle ist aber, daß die Verfügung 'si Primus heres erit, damnas esto dare' auch so aufgefaßt werden kann: wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingesetzten Secundus gelangt, und „in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet" (pr. eod.). S. auch Arndts §. 66 Anm. 10, Unger Oesterr. Erbr. §. 16 Anm. 6., Mayer Legate §. 32 zu Anm. 3, Scheurl S. 96, Enneccerus a. a. O. S. 136 fg.

* W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). Dazu die Recension von Ihering in den krit. Jahrb. f. d. RW. XII S. 865 fg.

§. 88. [1] Wir sagen: die Bedingung ist erfüllt, eingetreten — nicht erfüllt, ausgefallen, vereitelt; die Quellen sagen: condicio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, exstincta est. Vgl. Scheurl S. 86. — Daß die Willenserklärung ohne Hemmung durch eine Bedingung wirke (wenn die hinzugefügte Bedingung erfüllt, oder gar keine [eigentliche] Bedingung hinzugefügt ist), bezeichnen die Quellen durch den eigenthümlichen Ausdruck: dies cessit, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Vgl. §. 96 Note 4.

Momente ein, wie seine Erzeugung, d. h. mit anderen Worten, das Rechtsverhältniß gelangt gar nicht zur Entstehung. Ist hingegen die Nichterfüllung der Bedingung sogleich sicher, so hat die Willenserklärung ebenso wenig Wirkung, als wenn sie gar nicht abgegeben worden wäre; bei der auflösenden Bedingung ist also das Fortbestehen der Wirkung des Hauptgeschäftes sogleich außer Frage gestellt.

Wie verhält es sich aber bei der eigentlichen Bedingung, d. h. bei derjenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht sogleich sicher ist? Hier fragt es sich vor Allem, welcher Rechtszustand stattfinde, während die Bedingung schwebt[2]; davon in §. 89. Der Zustand, welcher durch die Nichterfüllung der eigentlichen Bedingung hervorgerufen wird, bietet der Betrachtung besondere Seiten nicht dar; es ist jetzt die Wirkungslosigkeit der Willenserklärung (bei der auflösenden Bedingung der auf Wiederauflösung gerichteten Willenserklärung) entschieden[3]. Dagegen ergeben sich für den Fall der Erfüllung der eigentlichen Bedingung wieder besondere Fragen, nämlich: 1) für die eigentliche Bedingung überhaupt die Frage, von welcher Zeit an die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung der Willenserklärung zu datiren sei, ob von der Zeit der Abgabe der Willenserklärung oder erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung — wie man sich gewöhnlich ausdrückt, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe oder nicht (§. 91); 2) für die auflösende Bedingung im Besonderen die Frage, in welcher Weise bei dem Eintreten derselben die bis dahin vorhanden gewesenen rechtlichen Wirkungen wieder aufgehoben werden (§. 90).

Für alle Bedingungen, eigentliche wie uneigentliche, ist dann endlich noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß die Bedingung erfüllt sei (§. 92).

### bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung*.

### §. 89.

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende recht-

[2] Die Quellen sagen: condicio pendet.

[3] Vgl. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

liche Wirkung ist noch nicht erzeugt[1]. Aber deßwegen ist die Willenserklärung[2] doch mehr als eine für das Recht gar nicht existirende und aller rechtlichen Wirksamkeit baare. Das Recht hat sie nicht für unfähig erklärt, die rechtliche Wirkung zu erzeugen, auf welche sie gerichtet ist; diese Wirkung kann möglicherweise vollständig aus ihr hervorgehen. Wenn sie einstweilen diese rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat, so hat sie doch sofort erzeugt eine Aussicht auf dieselbe, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: derjenige, zu dessen Lasten diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig eintrete; er ist schon jetzt gebunden[3]. Eine wichtige Consequenz dieser Ge-

* Wächter II S. 696—701. Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 16—22. Ders. Heid. krit. Zeitschr. IV S. 42—49. Schönemann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX S. 13 fg. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 493 fg. Scheurl S. 122—157. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 163 fg. 264 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 26 fg. Wendt S. 1—95.

§. 89. [1] L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1: — „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur". L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4. Bedingte Besitzübertragung: Scheurl S. 141 fg.

[2] Eine interessante Anwendung davon in l. 16 D. de iniusto 28. 3 (vgl. überhaupt III §. 554 Note 1). S. noch l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, und zu diesen Stellen Fr. Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 5 fg. (vgl. Windscheid krit. VJSchr. II S. 242—244), Römer bedingte Novation S. 85 fg. (vgl. II §. 354 Note 10), Scheurl S. 134 fg., Wendt S. 77 fg.; l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[3] Die Quellen erkennen an, daß schon in dem bedingten (obligatorischen) Vertrag ein contrahere liege, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; in anderen Stellen freilich wird unter contractum negotium gerade der unbedingte Vertrag verstanden, so in l. 8 §. 1 D. de per. et comm. 18. 6. — In Betreff des hier gebrauchten Ausdrucks Gebundenheit ist zu bemerken, daß derselbe nicht von einer bloß obligatorischen Gebundenheit verstanden werden darf; der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können. Fitting bezeichnet diese Wirkung der bedingten Willenserklärung (soweit er sie anerkennt) als „Vorwirkung", vgl. §. 67 Note 2

bundenheit ist, daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, oder sich doch dem nun entstehenden Rechte unterordnen; dasselbe wird so existent, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte[4]. Ebenso wenig

und den genannten Schriftsteller in der Zeitschr. f. Handelsr. II S. 253 Note 77. Unzutreffend und verwirrend ist es, wenn Götting (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 6, vgl. namentlich S. 250. 254. 265. 271) jene Wirkung auf ein besonderes, das bedingte Rechtsgeschäft begleitendes, Rechtsgeschäft zurückführt.

[4] Ist es ein Eigenthumsrecht, so verschwindet vor demselben nicht bloß das von dem bisherigen Eigenthümer in der Zwischenzeit einem Andern übertragene Eigenthumsrecht, sondern auch die von demselben bestellten sonstigen Rechte an der Sache. Ist es ein Recht an fremder Sache, so bleibt zwar die von dem Eigenthümer der Zwischenzeit vorgenommene Eigenthumsübertragung aufrecht, nicht aber bleiben aufrecht die von demselben auf die Sache gelegten dinglichen Lasten, so weit dadurch das neu entstehende Recht geschmälert werden würde; ist es ein Pfandrecht, so kommt ihm der erste Rang zu, nicht dem in der Zwischenzeit zur Existenz gelangten. Dieß gilt in gleicher Weise für die auflösende wie für die aufschiebende Bedingung, für die Verfügung auf Todesfall, wie für die unter Lebenden. L. 69 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 11 § 1. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 §. 1 l. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 §. 3 de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Ist das zu begründende Recht oder Rechtsverhältniß von der Art, daß es nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, so entsteht es einstweilen gar nicht. L. 34 D. de relig. 11. 7, l. 11 D. de manum. 40. 1. Rechtsveränderungen, welche ohne Zuthun des bedingt Belasteten, und im Besonderen durch Verjährung eintreten, werden durch Erfüllung der Bedingung nicht hinfällig. Ihering S. 502. Anders war es im römischen Recht nur bei der bedingt verliehenen Freiheit, l. 2 pr. l. 9 §. 3 D. de statulib. 40. 7. — Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 65 fg.) faßt das hier bezeichnete Verhältniß als Gebundenheit der Sache auf; so jetzt auch Scheurl S. 123, Wendt S. 114, und namentlich Ihering S. 493 fg. Für diese Kategorie finden sich allerdings Anhaltspunkte in den Quellen (s. z. B. l. 2 pr. l. 9 §. 1. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. 2. 9, l. 12 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. I° 30). Sie reicht bei der eigentlichen Bedingung auch aus; nicht aber bei den analogen Fällen der Verleihung von Rechten an künftigen oder künftig zu erwerbenden Sachen (§. 242 Anm. 5); hier muß man doch wieder zu der Kategorie einer das Können ausschließenden Gebundenheit der Person greifen. Vielleicht könnte man sagen: dingliche Gebundenheit. Vgl. Exner Pfandrechtsbegriff S. 122. Ihering S. 528 fg. glaubt, daß das römische Recht zur Anerkennung dieser dinglichen

wie rechtliche Verfügungen sind dem bedingt Belasteten factische Verfügungen gestattet, durch welche das in Aussicht gestellte Recht unmöglich gemacht oder geschmälert wird; er muß dafür nach Eintritt der Bedingung Ersatz geben, und nicht minder haftet er (nach Maßgabe des Inhalts des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses) für Vernachlässigungen[5]. Eine fernere Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit ist, daß, wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten; wäre vor der Erfüllung der Bedingung *ein* Garnichts vorhanden, so könnte auch auf die Erben nichts übergehen[6]. — Auch die dieser Gebundenheit entsprechende *Aussicht*

---

Gebundenheit bei der Eigenthumstradition noch nicht fortgeschritten sei; vielmehr beruhe sie auf einem modernen, übrigens das römische Recht consequent fortentwickelnden, Gewohnheitsrecht. Hierzu stimmt schlecht, daß, was Ihering selbst hervorhebt, in unseren Quellen die dingliche Gebundenheit sich anerkannt findet bei der resolutiv bedingten Eigenthumstradition und bei der suspensiv bedingten im Fall der lex commissoria beim Pfandvertrag (Ihering S. 534), ferner bei der bedingten Verpfändung. Auf l. 9 §. 1 D. de I. D. 23. 3 darf sich diese Meinung nicht berufen, da in dieser Stelle nicht bloß die dingliche Gebundenheit geleugnet wird. Vgl. Note 6.

[5] Wächter S. 700 Nr. 5.

[6] In dieser letzteren Weise wird die Sache in der That gefaßt von Ulpian in l. 9 §. 1 D. de I. D. 23. 3. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est". Nur favore dotis will Ulpian in diesem Falle ausnahmsweise helfen. Die dem Princip gemäße Entscheidung in l. 2 §. 5 D. de don. 39. 5. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche s. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. IV S. 51 fg. (System IV S. 154 Note r), Sell bedingte Tradition S. 117 fg., Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 18 Note 1, Strempel iusta causa der Tradition S. 69 fg., Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 288 fg. Die Ansicht dieses letzteren Schriftstellers stimmt mit der hier vorgetragenen überein, und so jetzt auch Vangerow in der 7. Aufl. I S. 148 (anders noch in der 6. S. 164) und Scheurl S. 51; anders wieder Köppen S. 245 fg. Ihering S. 528 findet auch in l. 2 §. 5 cit. nur obligatorische Gebundenheit anerkannt (nach Analogie der l. 18 D. comm. praed. 8. 4, welche aber den Uebergang auf die Erben ausschließt). Daß bedingte obligatorische Verpflichtungen auf die Erben übergehen, scheint nie bezweifelt worden zu sein, §. 25 I. de

selbst erweist sich als ein Ding von rechtlicher Consistenz. Zunächst wieder darin, daß auch sie auf die Erben übergeht[7]. Jedoch wird in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen gemacht. Die Letzteren sind höchst persönlicher Natur; ihr Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll. In diesem Sinne schreibt das römische Recht vor, daß an die Stelle des durch eine letztwillige Verfügung Bedachten, wenn er nicht bereits vor seinem Tode erworben habe, seine Erben nicht treten sollen; die durch eine letztwillige Verfügung eröffnete Aussicht geht auf die Erben des Bedachten nicht über[8]. Und deßwegen wieder wird dieser Aussicht auch in anderen Beziehungen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung zugeschrieben, wie der durch eine Willenserklärung unter Lebenden eröffneten Aussicht. So wird sie nicht dem Gewalthaber erworben, wohl die letztere[9]; die letztere macht das Recht, auf welches sie hinweist, fähig, Gegenstand von Rechtsgeschäften zu sein, nicht jene[10]. Und ganz allgemein heißt es: wer aus einer Verfügung unter Lebenden etwas bedingt zu fordern habe, sei jetzt sogleich als Gläubiger anzusehen,

inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1. — S. noch l. 27 D. pro socio 17. 2.

[7] §. 4 I. de V. O. 3. 15. — „Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio exsistat mors nobis contigerit". §. 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[8] L. 5 pr. §. 2 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51. Vgl. Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 282 fg.

[9] L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat". L. 2 §. 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv. 45. 3, l. 28 D. de pign. 20. 1, l. 14 i. f. D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46. Eisele a. a. O. S. 291 fg.

[10] Acceptilatio: l. 12 l. 13 §. 7. 8 D. de accept. 46. 4. Cession: l. 17. 19 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1. Vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 45—47, Salkowski Novation S. 112. 412. 414 fg., Scheurl S. 149 fg., Wendt S. 35 fg. 52 fg. 72 fg., und speciell über l. 41 cit. noch v. Salpius Novation und Delegation S. 37. 38, Fitting Zeitschr. f. RGesch. XI S. 432.

nicht aber, wer aus einer Verfügung von Todes wegen[11]. Doch kann namentlich auch bei Verfügungen dieser letzteren Art Sicherheit für den Fall der Realisirung der eröffneten Aussicht verlangt werden[12], während gerade bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist[13].[13a]

---

[11] L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse". Eine Consequenz daraus in l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, vgl. l. 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (dawider l. 14 §. 2 eod., vgl. Dernburg emtio bonorum S. 97—101, Wendt S. 38—42), l. 4 pr. D. de sep. 42. 6.

[12] L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11, Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Das Nähere im Erbrecht (III §. 648 Num. 2).

[13] L. 41 D. de iud. 5. 1 (— „ex iusta causa" —), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Die Meinung von Bähr (Anerkennung §. 69), daß hier unter cautio nur nuda promissio zu verstehen sei, erscheint nicht gehörig begründet. L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus der Conception der formula hypothecaria. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 167 fg. und unt. §. 235 Note 3. Vgl. im Allgemeinen Scheurl S. 132, Wendt S. 43 fg. dens. das bedingte Forderungsrecht S. 23 fg. Seuff. Arch. XVI. 190, XXII. 6. 7.

[13a] 1) Es liegt sehr nahe, dasjenige, was während schwebender Bedingung vorhanden ist, als bedingtes Recht und bedingte Verpflichtung zu bezeichnen. Dafür ist namentlich Wendt a. a. O. (s. auch dens. das bedingte Forderungsrecht S. 10 fg.) mit Energie eingetreten. Es soll auch nicht geleugnet werden, daß diese Bezeichnung außerordentlich bequem ist; wenn sie nichtsdestoweniger hier vermieden worden ist, so hat das seinen Grund darin, daß sie das Wesen der Sache nicht ausdrückt, sondern verdeckt. Denn ein bedingtes Eigenthumsrecht, ein bedingtes Forderungsrecht ꝛc. ist doch nun einmal ein Eigenthums-, Forderungsrecht ꝛc., welches, als dieses Recht noch nicht entstanden ist (und vielleicht nie entstehen wird); und wenn gesagt werden soll, was denn statt des nichtexistirenden Eigenthums-, Forderungsrechts ꝛc. gegenwärtig existirt, so wird man immer wieder auf die Kategorie der Gebundenheit zurückgreifen müssen. 2) Während Wendt ausdrücklich betont, daß das bedingte Recht ein anderes sei, als das nach Erfüllung der Bedingung vorhandene, findet sich bei anderen neueren Schriftstellern in verschiedenen Wendungen die Auffassung, daß das bei schwebender Bedingung Vorhandene eine Entwickelungsphase des nach Erfüllung der Bedingung vorhandenen Rechtsverhältnisses sei. Hierher gehören Scheurl, Ihering, Köppen. Scheurl: das zu erzeugende Rechtsverhältniß befinde sich in einem Mittelzustand zwischen Sein und Nichtsein, es seien Keime und Ansätze von Rechten und Ver-

Die im Vorstehenden erörterten rechtlichen Wirkungen der bedingten Willenserklärung werden auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt[14]. Wenngleich derselbe die Erfüllung der Bedingung verhindern kann, so ist er deßwegen nicht weniger für den Fall der Erfüllung der Bedingung gebunden, und kann seinem Gegner die ihm für diesen Fall eröffnete Aussicht nicht mehr entziehen[15].

---

bindlichkeiten vorhanden; Jhering: das Rechtsverhältniß sei im Werden, Entstehen, in der Bildung begriffen; Köppen: das Rechtsverhältniß beginne sofort, vollende sich mit der Erfüllung der Bedingung. Dabei wird von Scheurl und Jhering ausdrücklich auf die Analogie des concipirten, noch nicht geborenen Kindes verwiesen, und auch bei Köppen findet sich diese Vorstellung (S. 199). Ich sehe in diesen Auffassungen den Ausdruck des richtigen Gedankens, daß mit der bedingten Willenserklärung der wesentliche Grund für das zu erzeugende Rechtsverhältniß gelegt sei; als eine Förderung der Erkenntniß des Wesens des sofort stattfindenden Rechtszustandes erscheinen sie mir nicht. Jhering verwendet zur Bezeichnung dieses Wesens die Kategorie des Rechtes mit bloß passiver Wirkung, deren näherer Inhalt denn doch auch wieder die Gebundenheit (der Person oder Sache) ist. Vgl. §. 65 Note 9.

[14] Für den Fall, wo die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt, kommt in einer Constitution Justinian's (l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51) der Ausdruck condicio potestativa vor. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Ausdruck, wie gewöhnlich geschieht, auf diesen Fall beschränkt werden müßte, und nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten sollte gebraucht werden können. Scheurl S. 87 fg.

[15] Dieß leugnet die gemeine Meinung, indem sie den Satz aufstellt, daß die Bedingung der bezeichneten Art nicht zurückbezogen werde (§. 91). Gegen die gemeine Meinung haben sich erklärt: Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 101—108, Schmidt das. N. F. VIII S. 381 fg., Wächter II S. 702 Note 19, Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 55 fg., bedingt Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 51—60. Ich trete jetzt dem unbedingten Widerspruch der genannten Schriftsteller bei. Daß l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 keine Schwierigkeit machen dürfe, ist von mir a. a. O. gezeigt worden, s. auch §. 93 Note 3. L. 11 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 4 D. quae res pign. 20. 3, l. 11 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 9 §. 1 eod. handeln sämmtlich nicht von (eigentlichen) Bedingungen; im Uebrigen s. über die erste Stelle §. 242 Note 9, über die beiden folgenden daselbst Note 6. Bedenklich ist nur l. 9 §. 1 cit.; aber eine einengende Auslegung, so daß die Stelle von einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung (§. 93) zu verstehen ist, erscheint hier ebenso gerechtfertigt, wie sie in l. 17 D. de V. O. 45. 1 unbedingt nothwendig ist. Und die auflösende Bedingung 'nisi melior condicio allata fuerit', welche anerkannter-

## cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.

### αα. Ueberhaupt.

### §. 90.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt nun die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Bei der auflösenden Bedingung ist diese Wirkung Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffenen Rechtswirkung. Und zwar wird mit Eintritt der auflösenden Bedingung diese Rechtswirkung direct aufgehoben; es wird dadurch nicht bloß eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet[1]. Obgleich die Parteien auch dieß gewollt haben kön-

---

maßen die Verfügungen der Zwischenzeit unwirksam macht (l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6), kann ja ebenfalls ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Verlierenden nicht erfüllt werden! Ebenso verhält es sich bei der lex commissoria. Uebereinstimmend Wendt S. 27 unt. Scheurl S. 215 fg. läßt zwar Gebundenheit eintreten, aber keine Rückwirkung, und will daraus l. 9 §. 1 cit. erklären. S. auch noch Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 103 Note 200.

§. 90. [1] L. 41 D. de R. V. 6. 1, l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2. l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Gegen die das Gegentheil behauptende Abhandlung Rießer's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 1. 8 [1829]) s. namentlich Vangerow I §. 96 Anm. Der Widerspruch ist neuerdings wieder aufgenommen worden von J. Engelmann der Rückfall des Eigenthums im röm. R. (1868) und von Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 23 fg. (1871). Engelmann leugnet, daß bei der lex commissoria und der in diem addictio Eigenthum übergehe; in l. 29 D. de m. c. don. werde das Geschäft als Vermächtniß angesehen. S. hiergegen Czyhlarz S. 65 Note 25. Czyhlarz selbst gesteht der Resolutivbedingnng dingliche Wirkung zu bei den ihrem Wesen nach nicht auf Dauer berechneten Rechten und beim Eigenthum ausnahmsweise im Fall der in diem addictio; die von der lex commissoria handelnden Stellen will er durch die bedenkliche Annahme beseitigen, daß durch die Ausdrücke vindicare und vindicatio der Anspruch im Allgemeinen, nicht der dingliche Anspruch bezeichnet werde; in l. 29 D. de m. c. don. findet er keine Resolutivbedingung anerkannt, und versteht die actio in rem der Stelle von der dem Schenker einer res mancipi bei bloßer Tradition gebliebenen rei vindicatio. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 56 fg. denkt an die Publiciana actio,

nen[2]; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung vor[3]. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß das römische Recht die bezeichnete Wirkung der auflösenden Bedingung nur zögernd und widerwillig anerkannt hat[4].

---

bei welcher die exceptio dominii durch die Einrede aus der Restitutionspflicht zurückgeschlagen werde. Aber die Stelle sagt nicht bloß, daß im betreffenden Fall der Schenker die actio in rem gewinne, sondern auch daß der Beschenkte sie verliere. Vgl. noch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 543 fg. 569 fg.

[2] L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54. Im einzelnen Fall zu bestimmen, was wirklich gewollt sei, kann große Schwierigkeit machen; die gebrauchten Ausdrücke geben nicht immer einen sicheren Anhalt. Vgl. l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 2 C. de cond. ob. caus. dat. 4. 6.

[3] Genauer gesprochen: dann liegt nicht ein bedingtes Wollen der Auflösung, sondern ein bedingtes Wollen einer (vom Gegner abzugebenden) auflösenden Willenserklärung vor. Die Quellen sind im Ausdrucke nicht so genau; sie sprechen von einem negotium quod resolvitur sub condicione keineswegs bloß da, wo mit einem gewissen Umstande directe Auflösung der bisher bestandenen Wirkung eintritt, s. z. B. l. 1 D. de don. 39. 5. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 242—251.

[4] Das römische Recht ist offenbar von der Anschauung ausgegangen, daß der Wille über die einmal gesetzte rechtliche Wirkung keine Macht mehr habe. L. 44 §. 2 D. de O. et A. 44. 7: „Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam ponitur, veluti: 'centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit'?" Deßwegen erklärte es entweder die auflösende Bedingung für unwirksam, oder es ließ durch sie die Hauptverfügung selbst ungültig werden, oder es ließ aus ihr gegen den Willen des Verfügenden nur indirecte obligatorische Wirkung entstehen, l. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, l. ult. C. de legat. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 30, l. 44 §. 2 (cf. §. 1) D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (welche Stellen zwar zum Theil nur von der auflösenden Befristung reden, aber auf die auflösende Bedingung einen sicheren Schluß erlauben). Vgl. Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 154 fg. 197 fg. Von der anderen Seite hat das römische Recht doch in einzelnen Fällen directe Wirkung der auflösenden Bedingung allerdings anerkannt; s. außer den Stellen in Note 1 noch l. 12 §. 1 C. de usufr. 3. 33, und vergl. was die auflösende Befristung angeht l. 12 pr. eod., Vat. Fr. §. 48. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37. In dieser Weise erscheint die directe Wirkung der auflösenden Bedingung als das Resultat der Entwickelung des römischen Rechts, und so dürfen wir dieselbe heutzutage, vor-

### ββ. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft?

### §. 91.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung.

Die erfüllte aufschiebende Bedingung hat der Regel nach rückwirkende Kraft nicht, d. h. es wird nach ihrer Erfüllung der Regel nach nicht so gehalten, als wäre die nun eintretende rechtliche Wirkung bereits zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden gewesen. Der Grund dieses Satzes ist der präsumtive Wille des Urhebers der bedingten Willenserklärung; es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe; mit anderen Worten, es ist anzunehmen, daß die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte. Aber es ist dieß eben auch nur im Zweifel anzunehmen, das Gegentheil also nicht bloß dann, wenn eine ausdrückliche Erklärung dafür vorliegt, sondern auch dann, wenn die Umstände eine solche Auslegung der bedingten Willenserklärung gebieten[1].

---

behaltlich ausnahmsweiser Behandlung besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. der Erbeseinsetzung, überall da eintreten lassen, wo der Wille unzweifelhaft auf sie gerichtet ist. Vgl. Savigny III §. 127, Windscheid Voraussetzung S. 149—152, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 261—268, Goldschmidt das. VIII. S. 242 Note 37, Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 537 fg. (mit eigenthümlicher Auffassung der historischen Entwickelung), Köppen das. XI S. 190 fg., Scheurl S. 232 fg., Wendt S. 110 fg.

§. 91. [1] Das im Text Gesagte ist näher ausgeführt in folgender Schrift: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1852. Die herrschende Meinung stimmt damit nicht überein; sie behauptet umgekehrt, daß von der Rückwirkung als Regel ausgegangen werden müsse. Jedoch gibt man zu, daß in Betreff der Erfordernisse der Gültigkeit der Willenserklärung in unseren Quellen nicht auf die Zeit ihrer Abgabe, sondern auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen werde (l. 14. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de per. 18. 6, l. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, l. 41 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), und von bewährten Schriftstellern wird ein Unterschied gemacht zwischen Existenz und Ausübung des Rechts, und gelehrt, daß die Rückziehung eben nur in Betreff jener,

Dagegen ist bei der auflösenden Bedingung umgekehrt im Zweifel anzunehmen, der Urheber der Willenserklärung habe gewollt, daß mit der Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst, und somit als nie eingetreten angesehen werden solle. Der erfüllten auflösenden Bedingung kann im Sinne des Urhebers der Willenserklärung

---

nicht aber auch in Betreff der letzteren eintrete (Vangerow I S. 164—166 in der 6. Aufl., Wächter II S. 708—710, vgl. l. 15 §. 6 l. 24 §. 1 l. 88 §. 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 18 pr. l. 33 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 16. D. de statulib. 40. 7, l. 3 C. de fideic. lib. 7. 4). Neuerdings hat dann Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 33—45, beistimmend Scheurl krit. Ueberschau V S. 29 fg., Vangerow II §. 436) den Nachweis geführt, daß bei bedingten Vermächtnissen überhaupt die Rückziehung wegfalle; Fitting fügt zwar den unklaren Vorbehalt hinzu „in Beziehung auf den Erwerb", vgl. aber außer den zuvor und in §. 89 Note 9 genannten Stellen l. 1 C. an serv. 4. 14, l. 6 D. de manum. test. 40. 4, l. 7 §. 18 D. de pactis 2. 14, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 17 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1, l. 11 §. 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 13 §. 8 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, l. 20 D. de lib. et post. 28. 2. In der jüngsten Zeit will derselbe Schriftsteller die Rückwirkung auch bei der bedingten Eigenthumsübertragung nicht mehr anerkennen, und gesteht, daß ihm in Betreff der Rückwirkung bei bedingten Forderungen Zweifel entstanden seien (Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255 Note 79), so daß er eigentlich als Vertheidiger der Rückwirkung nicht mehr angesehen werden kann, vgl. auch dens. Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 333. Auch Vangerow in der 7. Aufl. S. 142 fg. gibt die Rückwirkung im Principe ganz, und in der Anwendung für die dinglichen Rechte (mit Ausnahme des Pfandrechts) auf, und Arndts, welcher sich bereits in der 4. Aufl. sehr vorsichtig ausgedrückt hatte, lehrt seit der 5. (§. 71 Note 4), daß sich eine „Rückwirkung im strengen Sinn" weder bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch bei Verfügungen auf Todesfall behaupten lasse. Vielleicht trägt es zur Versöhnung der streitenden Ansichten bei, wenn mit Energie darauf hingewiesen wird (vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 118, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 38), daß auch nach Erfüllung der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rechtlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser Kraft verleiht. Will man dieß unter Rückwirkung der erfüllten Bedingung verstehen, so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden, und in diesem Sinne ist sie von mir nie geleugnet worden; nur muß man dabei jeden Gedanken daran aufgeben, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Zwischenzeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwebens der Bedingung bestimmt gewesen ist. Mehr als das Gesagte lehrt im Grunde auch der neueste Vertheidiger der Rückwirkung, Unger II S. 70 fg. (vgl.

im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden, als der vereitelten aufschiebenden; für den Fall der Vereitelung der aufschiebenden Bedingung aber ist gar keine rechtliche Wirkung ge-

auch österr. Erbrecht §. 16 Note 20), nicht, und so verstanden ist die Rückwirkung denn freilich von dem Willen der Parteien unabhängig (Fitting Begriff der Rückziehung Note 85, Unger S. 75, vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 39 ob.). Und mehr ist auch in den Stellen nicht enthalten, auf welche man sich für die Rückziehung beruft, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 16 D. de sol. 46. 3, l. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4 (vgl. zu der letzteren Stelle l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), s. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 14—21 (über l. 72 D. de fidei. 46. 1 das. S. 15. 16). Heidelb. krit. Zeitschr. S. 44—47. Daß die rechtlichen Folgen, welche sich aus der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit vollständig erklären, keinen Beweis für die Rückwirkung enthalten, versteht sich von selbst. Gegen die Rückwirkung hat sich auch mit Energie Schönemann in dem in §. 86 Note 2 genannten Aufsatz ausgesprochen; ferner Förster Preuß. Privatrecht I S. 169. 170, und die Inauguraldissertation von A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Berlin 1865). Für die Rückwirkung neuerdings Römer bedingte Novation S. 73—84 (über l. 16 D. de accept. s. dens. a. a. O. S. 237 fg). — Seitdem das Vorstehende in der zweiten Auflage geschrieben wurde, haben sich ferner gegen die Rückwirkung erklärt Eisele Arch. f. civ. Pr. L. 14. 15 (1867), Wendt S. 96 fg., und auch Fitting hat sie jetzt für das Justinianische Recht ganz aufgegeben, während er für das classische Recht eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen annimmt (in seiner Schrift über das castrense peculium S. 265 Anm. 1 [1871]). Im Princip erklärt sich gegen die Rückwirkung auch Hartmann in der Recension der Scheurl'schen Schrift über die Nebenbestimmungen, krit. VJSchr. XIII S. 513 fg. (1871), und mit Ausnahme bedingter Versprechen Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 528 Note 16. S. 537. 540 (1870). Dagegen sind für die Rückwirkung wieder eingetreten Scheurl S. 15 fg. 192 fg. (welcher aber die Vermächtnisse ausnimmt), Brinz S. 1447 fg. (ebenso), Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 169 fg. 180 fg. 195 fg. und in der Schrift über den Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 27 fg. (auch bei Vermächtnissen), Dernburg Lehrb. des Preuß. Privatr. I §. 89 (ebenso). Die drei zuerst genannten Schriftsteller machen geltend, daß die Bedingung als solche kein Zeitmoment in sich trage, was ja eben die Frage ist: erklärt nicht derjenige, welcher die Wirkung seiner Willenserklärung von einer erst der Zukunft angehörigen Thatsache abhängig macht, eben damit, daß diese Wirkung erst in der Zukunft eintreten soll? Scheurl betont den Unterschied zwischen Rückwirkung in dem Sinn, daß die zur Zeit des Eintritts der Bedingung eingetretene rechtliche Wirkung als eine in dieser Zeit entstandene in die frühere Zeit zurückübertragen wird, und Rückwirkung in dem Sinne (Rückziehung, wie Scheurl sagt), daß angenommen wird, die Willenserklärung habe gleich von Anfang an wie eine

wollt[2]. Von der anderen Seite jedoch läßt sich aus unseren Quellen nicht nachweisen, daß das römische Recht diesem auf die Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung gerichteten Willen eine andere als obligatorische Wirkung zugestanden habe. So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er von Anfang an bestimmt gewesen ist, und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre[3].

---

unbedingte gewirkt. Versteht man mit Scheurl die Rückwirkung im ersten Sinne, so fällt weg gegen sie das Argument, welches aus der Thatsache entnommen wird, daß die Gültigkeit der Willenserklärung nicht nach der Zeit ihrer Abgabe, sondern nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung beurtheilt wird. Eine besondere Auffassung der Rückwirkung auch bei Köppen a. a. O. Beachtenswerthe Gedanken bei Hartmann a. a. O. a) Ist die Frage, vorausgesetzt daß das Rechtsverhältniß bei schwebender Bedingung richtig gefaßt wird, praktisch so sehr wichtig? b) Muß und kann sie allgemein entschieden werden? Können nicht die Einzelfragen aus dem Parteiwillen oder aus anderen Momenten her jede für sich verschieden zu entscheiden sein? c) Vermag der Parteiwille dingliche Rückwirkung zu begründen? Auf diesen letzteren Punkt habe ich schon seit längerer Zeit in meinen mündlichen Vorträgen aufmerksam gemacht, und vgl. auch unter Note 3 und Text dazu. — Was condiciones iuris angeht, s. die guten Bemerkungen von Enneccerus (über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung S. 126 fg. (gegen Eisele S. 278 fg., Scheurl S. 194), dann wieder Wendt das bedingte Forderungsrecht S. 18 fg. Vgl. auch Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 313 fg.

[2] Hiergegen darf auch nicht geltend gemacht werden, daß die auflösende Bedingung ja eigentlich eine aufschiebende sei, also keinen andern Sinn haben könne, als diese (Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24); denn auch die aufschiebende kann ja möglicherweise als rückwirkende gewollt sein, und warum sollte, was möglich ist, hier nicht wirklich sein? Ein positiver Beweis für die Rückwirkung liegt darin, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung die Früchte und jeder andere Gewinn der Zwischenzeit an den Rückerwerber herausgegeben werden müssen (Vat. Fr. §. 14, l. 4 §. 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18. 3, l. 11 §. 10 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, l. 38 §. 2. 3 D. de usur. 22. 1). Ein fernerer Beweis ist aus der Zusammenstellung der Erfüllung der auflösenden Bedingung mit der redhibitio (l. 19 D. de usurp 41. 3, l. 6 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3), so wie aus l. 2 D. de lege comm. 18. 3 und l. 2 §. 1 l. 3 D. de in diem add. 18. 2 zu entnehmen.

## γγ. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?

### §. 92.

Die affirmative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden wirklich sein oder werden soll, in der Weise wie es wirklich sein oder werden soll, wirklich ist oder geworden ist. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des

---

[8] Die in der vorigen Note angeführten Stellen geben dem Rückerwerber in Betreff des Gewinnes der Zwischenzeit lediglich einen obligatorischen Anspruch, und daß in anderer Beziehung dingliche Rückwirkung eintrete, ist nirgends gesagt. Auf das Unwirksamwerden der Verfügungen der Zwischenzeit darf man sich nicht berufen; dieselbe erklärt sich aus der in §. 89 besprochenen Willensgebundenheit vollkommen. Auf der anderen Seite freilich ist auch nicht, wie Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 257—259 glaubt, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung aus l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 (vgl. Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV S. 37) und l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 und l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 zu entnehmen (endigt ein Recht deßwegen weniger, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden?). — Die herrschende Meinung schreibt der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft schlechthin zu. Gegen dieselbe haben sich erklärt W. Müller civil. Abhandlungen I S. 294. 303. 313 und neuerdings Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 255—259, indem sie jedoch nur die dingliche Rückwirkung, welche freilich allein eine eigentliche ist, bestreiten; s. ferner v. Scheurl krit. Ueberschau V S. 45, Unger II S. 78 Note 76, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 150, Arndts in der 5. Aufl. §. 71 Anm. 6. Was ich selbst früher über die Frage gesagt habe (Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23—30), ist insofern nicht genügend, als ich die lediglich obligatorische Wirkung der Rückziehung nur für den Erwerb der Zwischenzeit hervorgehoben habe. — In der neueren Zeit ist die dingliche Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung wieder vertheidigt worden von Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung (1871) S. 64 (soweit dieser Schriftsteller überhaupt dingliche Wirkung eintreten läßt, s. §. 90 Note 1). Scheurl S. 238 fg. behauptet Rückwirkung, fügt aber hinzu, daß dieselbe nicht nothwendigerweise dinglich sein müsse, und „namentlich" in Beziehung auf den Gewinn der Zwischenzeit nur obligatorisch sei. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 537 fg. (1870), Köppen das. XI S. 190 fg. (1871), Wendt S. 100. 110 fg. leugnen die dingliche Rückwirkung, Ihering auch die obligatorische, ebenso Köppen S. 194, anders freilich S. 192). — Wendt S. 99. 100. 110 sieht in dem hier Gesagten einen Widerspruch gegen das §. 90 Gesagte. Ich nehme an, daß der Verf. sich seitdem selbst darüber belehrt hat, wie unbegründet dieser Vorwurf ist.

sie Setzenden nicht wirklich sein oder werden soll, nicht wirklich ist, beziehentlich es sicher geworden ist, daß es nicht wirklich sein wird[1]. Welches der eigentliche Sinn und Wille des die Bedingung Setzenden sei, ist durch Auslegung zu bestimmen[2]. Dabei werden in unseren Quellen besondere Fragen hervorgehoben, so namentlich[3] folgende. Wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist, und demselben wird diese Handlung ohne seine Schuld unmöglich[4], ist dann im Sinne des die Bedingung Setzenden von der Vollziehung der Handlung abzusehen, und auch ohne dieselbe die Bedingung als erfüllt anzunehmen? Man muß davon ausgehen, daß, wer eine Handlung verlangt, eben die Handlung verlangt, und nicht eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung; durch eine bloße Bereitwilligkeit zur

---

[1] Es muß eine Thatsache eingetreten sein, durch welche die bisherige Möglichkeit der Verwirklichung ausgeschlossen wird. Scheurl S. 157 unt. L. 115 pr. §. 1 D. de V. O. 45. 1. Ist die Bedingung auf die Nichtvornahme einer Handlung gestellt, so wird sie in vielen Fällen erst mit dem Tode der betreffenden Person als erfüllt angesehen werden können, §. 4 I. de V. O. 3. 15, l. 73 D. de cond. 35. 1; vgl. aber auch l. 72 pr. §. 1 l. 101 §. 3 l. 106 D. eod.

[2] L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones". L. 101 pr. eod.: — „cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat".

[3] Vgl. außerdem l. 129 D. de V. O. 45. 1, §. 11 I. de her. inst. 2 14, l. 78 §. 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 §. 1 eod.; l. 101 §. 2 eod.; l. 11 §. 11 D. de leg. III° 32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de don. quae sub modo 8. 55; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. de cond. 35. 1, l. 51 §. 1 D. de leg II° 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 2 D. de leg. II° 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1; l. 23 l. 44 §. 8 l. 54 §. 1 l. 56 l. 112 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 6 C. de cond. ins. 6. 46, l. 13 pr. §. 1. 2 D. de manum. test. 40. 4 (Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 120. 121). Vgl. auch l. 5 §. 4 l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 25 §. 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 §. 1 D. de V. O. (§. *Cato*), und dazu Ubbelohde a. a. O. S. 124—143. Im Uebrigen: Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 229 fg., Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 36. 39, Vangerow II §. 435 Anm. 1, Wendt S. 129 fg.

[4] Es ist also hier die Rede von der s. g. condicio mixta, d. h. derjenigen, deren Erfüllung nicht rein von dem Willen des Berechtigten (cond. potestativa), und nicht rein von dem Zufall abhängt (cond. casualis). Diese Eintheilung findet sich in l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

Handlung also kann der Bedingung nicht genügt werden[5]. Wie aber, wenn derjenige, welcher handeln soll, wirklich thätig geworden ist, jedoch durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände verhindert wird, die verlangte Handlung zu Stande zu bringen? Hier findet sich für letztwillige Verfügungen anerkannt, daß damit dem Willen des Erblassers genügt sei; man kann dieß so ausdrücken: wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige dazu gethan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt[6]. Jedoch

---

[5] Die Regel des c. 66 de R. I. in VI°: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset", ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen falsch. Sie ist zwar aus dem römischen Recht entlehnt (l. 23 D. de cond. inst. 28. 7), erhält aber hier ihre Correction durch die genauer redenden Stellen der folgenden Note. Vgl. Seuff. Arch. III. 152. — Es hat keinen Sinn, wenn man lehrt (Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück XLI §. 1462 im A., W. Sell Versuche II S. 214. 215. 227. 228), daß wenigstens bei potestativen Bedingungen der ernstliche Wille zur Erfüllung genüge; denn eine wirkliche potestative Bedingung kann durch Zufall gar nicht vereitelt werden. Versteht man aber unter potestativer Bedingung diejenige, bei welcher der eigentliche Wille des Erblassers nur auf die Bereitwilligkeit zur Erfüllung gerichtet ist, so hat man etwas sehr Wahres gesagt, aber auch etwas sehr sich von selbst Verstehendes. Vgl. Fr. Maaßen civil. Erörterungen (1854) S. 3. 4. 20 fg. Ebensowenig haltbar ist die von Anderen (W. Sell Versuche S. 172. 215—227, Mühlenbruch Forts. von Glück XLI S. 221, mir selbst Voraussetzung S. 185 Note 10) aufgestellte Regel, daß (bei der condicio mixta) die Bereitwilligkeit zur Erfüllung wenigstens dann genüge, wenn sie zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war, an den Tag gelegt worden sei. Als Regel (vgl. Note 8) darf es in keiner Wendung behauptet werden, daß der Wille desjenigen, welcher eine Handlung verlangt, auf Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet sei. Maaßen a. a. O. S. 4.

[6] In den Quellen wird dieser Satz für den Fall anerkannt, wo die als Bedingung gestellte Handlung nicht ohne die Mitwirkung eines Dritten vollzogen werden kann, und dieser Dritte seine Mitwirkung versagt. L. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur". Vgl. auch l. 78 pr. D. de cond. 35. 1. Beispiele: es soll Jemandem gegeben werden, er verweigert die Annahme; es soll eine gewisse Person geheirathet werden, sie verweigert die Eingehung der Ehe. Diese und andere Beispiele in l. 3. 11. 23 D. de cond. inst. 28. 7, l. 14 31. 40 pr. l. 84. 101 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 30 §. 5 D. de leg. III° 32,

beruht dieser Satz nur auf Willensauslegung; es darf angenommen werden, daß wahrscheinlich der Erblasser dieß gewollt habe[7], aber es ist zuzugeben, daß in einem gegebenen Falle die Auslegung auch zu einem andern Resultate führen könne, und zwar sowohl dazu, daß der Wille des Erblassers auf die wirkliche Vollziehung der Handlung, als dazu, daß er auf die bloße Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet gewesen sei[8]. Was Verfügungen

---

l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, vgl. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Anders, wenn die betreffende Person vorher stirbt, so daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann; hier kann man nicht sagen, daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan habe, l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 §. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46. Daß die Handlung, welche unter Mitwirkung der dritten Person vollzogen werden soll, in deren Interesse vorgeschrieben sei, ist nicht erforderlich, und so ist die nach dem Vorgange von Savigny (III §. 119) von Vielen (z. B. Puchta §. 60, Sintenis I S. 176, Wächter II S. 694, Arndts §. 69, Brinz S. 1482 fg., im Wesentlichen auch Scheurl S. 160 fg.) aufgestellte Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet sei, darauf freiwillig verzichte, wenngleich richtig, zu enge; es ist auch in den Quellen keine Regel dieses Inhalts ausgesprochen, und namentlich nicht in l. 24 D. de cond. 35. 1 (s. Note 10). Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens bei dem Satze stehen geblieben werden solle, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung einer dritten Person versagt werde. Dieß ist die Ansicht von Maaßen a. a. O. S. 5 fg., ebenso Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 38, Wendt S. 147 fg. Meiner Meinung aber darf in diesem Satze der Ausdruck der allgemeinen, im Text bezeichneten Regel gefunden werden. So auch Götting Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I S. 315 fg. Vgl. noch Vangerow II §. 435 Anm. 2, Unger österr. Erbrecht §. 16 Anm. 16.

[7] L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec condicio 'si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit', ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat". Vgl. übrigens auch Scheurl S. 174.

[8] Die letztere Auslegung liegt ganz nahe, wenn auf die Nichtvollziehung der Handlung eine Strafe gesetzt ist, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Wenn ferner als Bedingung das Bleiben bei einer gewissen Person gestellt ist, so ist hier unter Bleiben im Zweifel Nichtverlassen zu verstehen, so daß die Bedingung als erfüllt angesehen werden muß, auch wenn die betreffende Person gestorben ist oder stirbt, l. 20 pr. D. de annuis 33. 1, l. 13 §. 1 l. 18 §. 1. 2 l. 20 §. 3 D. de alim. 34. 1, l. 84 D. de cond. 35. 1. (Gegen die Erklärung dieser Stellen aus der Begünstigung der Alimente spricht l. 10 pr.

unter Lebenden angeht, so enthalten die Quellen keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage, und es erscheint äußerst bedenklich, die im Vorstehenden bezeichnete Regel auf sie zu übertragen[9]. — Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechts-

---

D. de annuis 33. 1. Vgl. l. 13 §. 1 D. eod.) Auch l. 54 §. 2 D. de leg. I° 30, deren gerades Gegentheil l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2 enthält, wird man aus dem präsumtiven Willen des Erblassers erklären müssen, wenn man nicht zu der an und für sich wenig anmuthenden und außerdem durch den Zusammenhang mit §. 1 zurückgewiesenen Conjectur Savigny's (III S. 148): mora statt mors greifen will. Ferner gehört hierher l. 39 §. 4 D. de statulib. 40. 7 (*ex testamento!* vgl. l. 20 §. 3 eod.), vielleicht auch l. 54 §. 1 D. de leg. I° 30 und l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, von denen wenigstens die erste (l. 54 §. 1 D. de leg. I°) einen anderen Gesichtspunkt zu verfolgen scheint (vgl. §. 2 eod.), als l. 72 §. 4 D. de cond. 35. 1. (Die besondere Behandlung der Bedingung der Freilassung beruht nicht mehr auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 §. 2 l. 20 §. 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 7 C. de cond. ins. 6. 46.) Vgl. auch Vangerow II §. 435 Anm. 2 Nr. 2, Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 38 Note 7. 8, Scheurl S. 174 fg., Wendt S. 149 fg.

[9] Doch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht den letztwilligen Verfügungen die Schenkungen gleichzustellen seien, da dieselben gleich jenen eine Liberalität enthalten. Daß in der That diese Liberalität der Grund ist, warum bei letztwilligen Verfügungen eine freiere Auslegung gestattet wird, dafür enthält einen Beweis l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, welche in einem Falle, wo die letztwillige Verfügung einer Liberalität ausnahmsweise nicht enthält, den wirklichen Vollzug der Handlung verlangt. Zwar handelt die Stelle nicht von einer Bedingung, sondern von einer Voraussetzung; aber die Uebertragung ihrer Entscheidung auf die Bedingung ist erlaubt, nicht nur wegen der Verwandtschaft zwischen Voraussetzung und Bedingung im Allgemeinen, sondern auch speciell deßwegen, weil, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität wirklich enthält, die Voraussetzung in der hier fraglichen Beziehung behandelt wird, wie die Bedingung (§. 100 Note 7). — Wenn aber gesagt wird, daß die im Texte aufgestellte Regel auf Willenserklärungen unter Lebenden nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß unter besonderen Umständen auch bei ihnen die Auslegung zu dem Resultate führen könne, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlungen gewollt sei, wie man denn namentlich in dem Falle, wo diese Handlung auf den Vortheil eines Anderen gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgedrängt, werden sollen. — Vgl. zu dem hier Gesagten Vangerow II §. 425 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Scheurl S. 168 fg.

vorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Nichterfüllung Interesse hat[10].

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§. 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Es tritt gegen ihn nicht nur diejenige Willensunterworfenheit nicht ein, welche die Willenserklärung als unbedingte zur Folge gehabt haben würde, sondern überhaupt keine; er ist in jeder Beziehung ungebunden. Die Willenserklärung ist also ohne alle rechtliche Bedeutung, sie ist rechtlich wie nicht geschehen; sie ist nichtig. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so ist es diese neue Willenserklärung, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden[1]

---

[10] L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset". Die l. 161 cit. (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Julian) herrührende Stelle, l. 24 D. de cond. 35. 1, in welcher daher zweifelsohne mit der Vulgata *non* impleri gelesen werden muß. Vgl. aber auch Vangerow I §. 84, Scheurl S. 167. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 §. 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp. II. 5, l. 3 §. 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2, l. 3 §. 3 l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est". Vgl. Wächter II S. 694. 695, Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 38 Note 1. 2. §. 39 Note 23, Scheurl S. 163 fg. 171 fg., Wendt S. 143 fg., auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 463. Seuff. Arch. IV. 97, X. 128, XXIII. 13. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII S. 36—47.

[1] L. 8 D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 §. 3 cit. „Illam autem stipulationem, 'si volueris' dari, inutilem esse constat". L. 108 §. 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit". L. 7 pr. cit. . . „neque enim debet in

§. 93.

und von Todeswegen[2], von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen[3].[3a] Auch das macht keinen Unterschied, ob die Be-

---

arbitrium rei conferri, an sit adstrictus". — Aber der obligatorische gegenseitige Vertrag wird dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deßwegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere be- oder entstehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der andern, nur kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat (vgl. II §. 321 Note 2. 22. 24. §. 387 Note 3). In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des s. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, §. 4 I. de emt. 3. 23. Savigny III §. 117. i sieht in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme". Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; namentlich in der neuesten Zeit ist dieser Punkt auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I S. 266—279, Fitting das. II S. 226—240 und V. 3. Arch. f. civ. Pr. XLVI S. 260 fg., Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. 7, Brinz S. 1469, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 336 fg., Scheurl S. 92. 216, Oijens koop en verkoop op de proef (Leiden 1872) p. 18 ff., und unten Note 4 und 6. Wie hier Arndts §. 301 Anm. 5, Oijens l. c. p. 34 ff.

[2] L. 43 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 11 §. 7 D. de leg. III° 32, l. 46 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

[3] Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden 'nisi emtori displicuisset res', und der Käufer macht hinterher von dem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft der früheren Willenserklärung des Käufers, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 54. S. auch Scheurl S. 233 fg. — Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke (dagegen Scheurl S. 240), Dernburg Pfandr. I S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe, Vangerow II §. 437 unt. in der 7. Aufl. mit den daselbst Genannten, daß der Käufer durch die über die Sache getroffene Verfügung sein Gefallen erkläre, Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 60 fg., daß die Entscheidung der l. 3 cit. gegen die Rechtsconsequenz sei und sich nur aus der Anwendung der Grundsätze von der Redhibition erkläre (vgl. II §. 387 Note 7).

[3a] Daß die auf das nackte Wollen gestellte Bedingung die Willenserklärung zu einer rechtlich bedeutungslosen mache, was im Uebrigen allgemein anerkannt wird, ist neuerdings bestritten worden von Köppen Jahrb. f.

dingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht[4]. — Anders ist es, wenn als Bedingung eine Handlung

---

Dogm. XI S. 245—254, abgesehen von Stipulation und Vermächtniß, für welche die Richtigkeit Specialrecht sei. Köppen hat wie es scheint l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 und l. 13 C. eod. 4. 38 übersehen. Köppen zieht aus seiner Aufstellung die Consequenz, daß in dieser Weise die Form gewahrt und (nach dem Rechte der Rückziehung) dem Willen von einem früheren Zeitpunkt an, als der seines wirklichen Eintritts, Wirksamkeit gegeben werden könne.

[4] Das Gegentheil behauptet Fitting (Note 1 a. E.); nach ihm soll nur dann Nichtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (Note 1); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note 1 Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgehen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (s. Note 6 a. E.) und l. 11 §. 5 D. de leg. III° 32 (zwar die Verfügung des Erblassers: du sollst, wenn du nicht Nein sagst, enthält einen Widerspruch in sich selbst, aber keinen Widerspruch enthält die Verfügung: du sollst, wenn du nicht sofort Nein sagst), von geringem l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 52 D. de cond. 35. 1 (bei der Erklärung: der Sache nach kann das Vermächtniß auf den Willen gestellt werden, aber nicht der Form nach, kann unsere Auffassung sehr gut bestehen), von größerem l. 46 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Aber auch in Betreff dieser Stelle ist zu erwägen, daß wer bloß das Wann in das Belieben des Verpflichteten stellt (die Stelle handelt von einer Stipulation mit der Hinzufügung: cum volueris), damit nicht das Ob von seinem Belieben abhängig gemacht haben will, und daß, wenn der Verpflichtete durch die fortwährende Berufung darauf, daß er jetzt noch nicht zu leisten brauche, sich praktisch allerdings zu einem Ungebundenen machen kann, er doch nach dem eigentlichen Willen des ihm die Verpflichtung Auferlegenden nicht ungebunden sein soll. Diesen eigentlichen Willen hat man bei Stipulationen gegenüber dem Wortlaut der Willenserklärung nicht zur Geltung bringen zu dürfen geglaubt; bei Fideicommissen hat man es gethan (l. 11 §. 6 l. 41 §. 13 D. de leg. III° 32), durch eine Interpretation, welche man dann freilich doch wieder consequent durchzuführen nicht den Muth gehabt hat (l. 11 §. 6 cit. am Schluß). Jedenfalls halte ich die l. 46 §. 2 cit. nicht für ausreichend, um zu dem Glauben an einen Cultus des Wortes zu bekehren, dessen innere Berechtigung mir durch die Ausführungen Fittings (Zeitschr. V S. 148 fg. Arch. S. 273 —275) nicht einleuchtender geworden zu sein scheint. Und das gerade hier,

desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er diese Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklärung zu begründende Willensunterworfenheit nur dann eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas Anderes wollen sollte. Das Wollen dieses Anderen muß er unterlassen, wenn er nicht will, daß die rechtliche Wirkung eintreten soll; er ist nicht ungebunden. Die Willenserklärung ist daher in diesem Falle nicht nichtig; wenn hinterher das als Bedingung gesetzte Wollen eintritt, ist sie es, auf welcher die nun entstandene rechtliche Wirkung beruht, und die Folgen der Willensgebundenheit treten sofort ein, wie bei jeder anderen bedingten Willenserklärung (§. 89 a. E.)[5]. Nur muß nicht die Bedingung des Handelns

---

in der Lehre von Bedingung, Kauf, letztwilliger Verfügung! Was Stipulationen angeht, s. u. a. l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94. 111 D. de V. O. 45. 1. Gegen Fitting auch Unger österr. Erbrecht §. 57 Anm. 1, Vangerow II §. 432 Anm. Nr. 1, Arndts Forts. von Glück XLVI S. 352—355, Oijens (Note 1) p. 23 fg.; für Fitting Dernburg Preuß. Privatr. I §. 92, der aber den behaupteten römischen Satz nicht aus innern Gründen rechtfertigen, sondern historisch erklären will.

[5] Der Beweis für das im Texte Gesagte ist enthalten einmal in der unbestrittenen Gültigkeit des Versprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, sodann, was letztwillige Verfügungen angeht, in l. 3 D. de leg. II° 31. „Si ita legatur 'heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit', utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere“. Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 300 fg. Schwierigkeit macht jedoch l. 43 §. 2 D. de leg. I° 30 („Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest“), indem nämlich hier, wenn die Stelle mit dem übrigen Inhalt der Compilation in Einklang stehen soll, unter voluntas Willkürhandlung verstanden werden muß, da nach l. 52 D. de cond. 35. 1, vgl. l. 68 D. de her. inst. 28. 5, das Vermächtniß auf den bloßen Willen auch nicht eines Dritten gestellt werden kann. Die Stelle aus dem Verbote des legatum poenae nomine relictum zu erklären (vgl. Vangerow II §. 432 Anm. Nr. 1), erscheint, namentlich auch wegen l. 2 D. de his quae poenae 34. 6, sehr bedenklich. Viele nehmen an, daß der Verfasser der l. 43 §. 2 cit., Ulpian, in Betreff der Zulässigkeit der Abhängigmachung eines Vermächtnisses von dem reinen Willen eines Dritten allerdings

(des Wollens eines Andern) eine bloße Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung) sein; der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen haben[6]. Von der

---

seine eigene Meinung gehabt habe, indem sie sich dafür noch auf l. 1 pr. D. de leg. II° 31 und l. 46 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5 berufen, welche Stellen doch auch eine andere Erklärung gestatten (s. III §. 633 Note 17). Vgl. Mayer Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 31 Note 2. 12, Unger Zeitschr. f. Handelsr. III S. 399—404, Fitting das. V S. 199 Note 44. S. 168 fg., Unger österr. Erbrecht §. 57 Anm. 2. Von Anderen wird der im Text aufgestellte Satz ganz geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, daß die auf eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellte Bedingung die Willenserklärung immer in gleicher Weise ungültig mache, wie die auf das bloße Wollen gestellte. Vgl. Sintenis 1 §. 20 Note 45, Fitting Zeitschr. f. Handelr. V S. 120. 124, auch Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde rc. §. 28—30. Im Allgemeinen: Glück XXXIII S. 446 fg., Arndts Forts. von Glück XLVI S. 355 fg.

[6] Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte §. 17. Dawider Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 124—126. 139. — Wie ist es, wenn als Bedingung nicht ein Handeln, sondern eine rein innerliche Bestimmtheit der betreffenden Person, z. B. ein Gefallen, ein Zufriedensein mit Etwas gesetzt wird? Wird eine solche Bedingung ihrem Wortlaute nach genommen, so bringt sie in die Willenserklärung eben so wenig einen Widerspruch, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Eine andere Frage aber ist, ob sie ihrem Wortlaute nach genommen werden darf, ob sie nicht nach der Meinung des Urhebers der Willenserklärung als auf die keiner weiteren Controle mehr unterliegende Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins, gerichtet verstanden werden muß, wie dieß gerade in Betreff der Bedingung si placuerit (res emta) gegen Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. 7 in Vertheidigung der herrschenden Meinung Fitting das. V S. 86 fg. ausführt. Ist dieß der Fall, so ist die Bedingung in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt. In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (Verkauf eines Sklaven, 'si rationes domini computasset arbitrio'; ist das arbitrium als reines arbitrium zu fassen, so kann der Herr zu jeder Zeit sagen, die Rechnung sei nicht gelegt, wie er wolle, selbst wenn er dieselbe ausdrücklich gut geheißen hat; wer weiß, ob er das nicht aus Mitleid, in Schenkungsabsicht rc. rc. gethan hat). — Scheurl S. 92. 216 ist der Meinung, daß die Bedingung si placuerit zwar auf das Gefallen des Käufers gehe, daß derselbe sich aber im Falle des Gefallens seiner Verbindlichkeit durch eine Lüge entziehen könne. Soll dies heißen, daß der Be-

andern Seite ist es möglich, daß die Bedingung des Wollens ihrem wahren Sinne nach nicht sowohl auf die reine Willkür, als vielmehr auf das vernünftige und billige Ermessen geht; da dieses ein objectiv zu bestimmendes ist, so enhält sie dann eine Bindung des Willens, wie jede andere[7].

Einen Widerspruch in die Willenserklärung bringen auch die s. g. perplexen (widersinnigen) Bedingungen, d. h. diejenigen, welche eine Thatsache verlangen, mit welcher das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung unverträglich ist; auch sie machen daher die Willenserklärung nichtig[8].

## §. 94*.

Unmögliche Bedingungen schließen ihrem Begriffe nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus (§. 87). Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkung nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen[1]; was Willenserklärungen von Todes wegen angeht, soist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien[2]. Die näheren Regeln für diesen Satz sind folgende.

---

weis des Gefallens gegen ihn nicht möglich sei, so geht in der That die Bedingung nicht auf sein Gefallen, sondern auf seine Willkür. Auch l. 15 D. de cond. inst. 28. 7, auf welche Stelle sich Scheurl beruft, kann hieran nichts ändern.

[7] L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I° 30, l. 11 §. 7 D. de leg. III° 32, l. 22 D. de manum. test. 40. 4, l. 41 §. 4 l. 46 pr. §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V S. 91—95. 141.

[8] L. 16 D. de cond. inst. 28. 7. „'Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto'. Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit". L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Vgl. l. 88 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Scheurl S. 281 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 423 fg.

* W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, 2. Theil, 1834). Mühlenbruch Forts. von Glück XL S. 79 fg. 130 fg. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen §. 33—35 (1854). Scheurl S. 262—299.

§. 94. [1] §. 11 I. de inut. stip. 3. 19, l. 9 §. 6 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 11 l. 31 D. de O. et. A. 44. 7, l. 7. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei. 46. 1.

[2] Gai. III. 98, §. 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 3, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 l. 4 §. 1 D. de cond. 35. 1.

Er gilt nur für diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung sogleich anfänglich zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist, nicht für solche, deren Erfüllung erst hinterher unmöglich wird[3], und nur für diejenigen, deren Erfüllung bleibend, nicht für diejenigen, deren Erfüllung bloß zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist[4]. Von der anderen Seite gilt er nicht bloß für absolut unmögliche Bedingungen, d. h. für solche, deren Erfüllung unter allen Umständen unmöglich ist, sondern auch für relativ unmögliche, d. h. für solche, deren Erfüllung nur deßwegen unmöglich ist, weil es in dem gegebenen Fall an den erforderlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung fehlt[5]; ja auch solche Bedingungen, deren Erfüllung zwar an und für sich möglich, aber mit außerordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist, werden den unmöglichen gleichgestellt[6]. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Er-

---

Gaius l. c.: — „legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest". L. 3 cit. (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas". Wie das zu denken sei, darüber Sell S. 38 fg., Mühlenbruch S. 79 fg., Savigny III §. 124, Mayer §. 33 Note 10. 11, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 322, ders. über die s. g. Turmer Institutionenglosse (1870) S. 20, Scheurl S. 267 fg. 337 fg., Enneccerus Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung S. 116 Anm. 128.

[3] S. §. 92.

[4] L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae 'cum ea nupsisset' legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere". Nur muß es nicht unerlaubt sein, eine Veränderung der betreffenden Art zu erwarten, vgl. l. 35 §. 1 l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Sell S. 58 fg., Savigny III S. 167, Mayer §. 33 Note 15, Wächter II §. 96 Note 8. 9, Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. l. 2. b, Unger §. 82 Noten 88—92, Brinz S. 1464 Scheurl S. 285 fg. Vgl. auch Cohnfeldt Lehre vom Interesse S. 123 fg.

[5] Z. B. für die Bestimmung eine bestimmte Person zu heirathen, wenn dieselbe bereits gestorben ist, l. 43 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 §. 1 D. de leg. 1° 30, l. 6 §. 1 l. 72 §. 7 D. de cond. 45. 1, l. 26 §. 1 D. de statulib. 40. 7.

[6] Savigny (III S. 165) nennt sie passend unerschwingliche Be-

füllung der Bedingung nie möglich gewesen, oder nur vor der Willenserklärung unmöglich geworden ist[7], und ebenso wenig, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat, oder nicht[8].

Wie die unmöglichen Bedingungen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willenserklärungen von Todesfall wegen als nicht hinzugefügt angesehen werden[9]. In dem bezeichneten Sinne unerlaubt sind diejenigen Bedingungen, welche

---

bingungen. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, cf. l. 4 §. 1 D. de statul. 40. 7. Vgl. Scheurl S. 271 fg., Wendt 153 fg.

[7] L. 6 §. 1 D. de cond. 35. 1.

[8]. Savigny S. 191—192. Dieß ist nicht unbestritten. Es findet sich sowohl die Behauptung, daß die Kenntniß des Testators von der Unmöglichkeit der Erfüllung, als die entgegengesetzte, daß seine Unkenntniß (überhaupt oder bei relativ unmöglichen Bedingungen) Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge habe. Ueber und gegen das Letztere s. Sell S. 80 fg., Mühlenbruch S. 173 fg., Mayer §. 33 Note 8. 9, Vangerow II §. 434 Nr I. 2. a. Das Erstere wird jetzt von Scheurl S. 271 fg., vertheidigt, mit Berufung auf l. 4 §. 1 D. de statulib. 40. 7, aus welcher Stelle Scheurl den Satz herleitet, daß bei Kenntniß des Erblassers von der Unmöglichkeit der hinzugefügten Bedingung keine Festigkeit des Willens angenommen werden dürfe. Es ist diese Aufstellung doch außerordentlich bedenklich gegenüber der unterscheidungslosen Bestimmtheit, mit welcher in den Quellen die Gültigkeit der unter einer unmöglichen Bedingung gemachten letztwilligen Verfügung gelehrt wird, und namentlich in Betracht des in den Quellen gebrauchten Beispiels si digito caelum tetigerit. So erscheint es empfehlenswerther, mit Savigny S. 203 Note 1 in l. 4 §. 1 cit. einen Nachklang der Proculianischen Ansicht zu sehen, obgleich dagegen allerdings, wie Scheurl mit Recht hervorhebt, Paul. sent. III. 4b. §. 1 spricht. Andere (Sell S. 262 fg., Mühlenbruch S. 134 fg., Mayer §. 33 Note 17, Vangerow §. 434 Anm. 1 Nr. II. 3) leiten aus l. 4 §. 1 cit. den Satz her, daß, wenn es bei einer unmöglichen Bedingung an der Festigkeit des Willens fehle, die Verfügung ungültig sei, was freilich sehr richtig ist, aber nicht weiter bringt. Wendt S. 153 fg. macht geltend, die Bedingung der l. 4 § 1 cit. sei keine unmögliche. Aber jedenfalls geht ihr Entscheidungsgrund: quia nec animus dandae libertatis est auch auf die unmögliche Bedingung.

[9] Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unerlaubtheit ihren Grund in einer Sitten- oder in einer Rechtsvorschrift hat. L. 9. 14. 15. D. de cond. inst. 28. 7; l. 123. 137 §. 6 (vv. vel id facere ei non liceat) de V. O. 45. 1. — Eine unerlaubte Bedingung (turpis condicio) ist also nicht eine solche,

auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen[10], oder auf das gebotene einen Nachtheil[11]; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt[12]. Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungehöriger Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen[13]; sodann die Bedingungen, welche

---

die auf etwas Unerlaubtes gerichtet ist. Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung. Die auf etwas Unerlaubtes gerichtete Bedingung ist vollkommen erlaubt, wenn die bedingte Willenserklärung auf das Unerlaubte eine Strafe setzt, l. 121 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si manc. 4. 56. Um so weniger ist es gerechtfertigt, wie früher gebräuchlich war, die besondere Behandlung der unerlaubten Bedingung darauf zurückzuführen, daß sie eigentlich eine unmögliche (sittlich unmögliche) sei. Ihre Veranlassung hat diese Auffassung in dem schönen Spruche Papinians, welchen er durch seinen Tod besiegelt hat: „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est", l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. Arndts Beiträge S. 172 fg., Savigny III S. 169—172, Vangerow I §. 93 Anm. 3 Nr. III, Brinz S. 1464 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 399 fg.

[10] L. 123 D. de V. O. 45 1, Paul. sent. III. 4B §. 2, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 C. eod. 6. 25, l. un. C. de his quae poenae 6. 41.

[11] L. 121 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 1 C. si mancipium 4. 56. Savigny III §. 122. g.

[12] L. 7 §. 3 D. de pactis 2. 14. Arndts a. a. O. S. 178, Savigny III S. 176—179, Wächter II §. 96 a. E.

[13] Aus diesem Gesichtspunkt wird in den Quellen für ungültig erklärt das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, daß man eine bestimmte Ehe nicht eingehen, oder daß man von seinem Scheidungsrechte Gebrauch machen sollte, l. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39; ferner das Versprechen einer Belohnung unter der Bedingung des Eingehens einer bestimmten Ehe, l. 97 §. 2 de V. O. 45. 1 (Savigny III §. 123. i). Nicht ebenso gilt für unzulässig das Aussetzen eines testamentarischen Vortheils für den Fall eines bestimmten Verhaltens in Ehesachen, so daß also die betreffende Bedingung nicht erlassen wird, l. 71 §. 1 cit.: „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari", l. 63. 64 eod.; mit Ausnahme jedoch (vgl. auch die folgende Note) des Falles, wo ein Vortheil unter der Bedingung der Ehescheidung ausgesetzt wird, weil

eine Beförderung der Ehelosigkeit enthalten[14]; und endlich die Bedingung, daß der letztwillig Bedachte irgend eine zukünftige Leistung vorher eidlich verspreche[15].[15a]

Die hier bezeichnete besondere Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Willenserklärungen von Todes wegen ist aber daran geknüpft, daß die letztwillige Verfügung, wie gewöhnlich, so auch im gegebenen Falle wirklich, eine Liberalität

---

sich hier der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit einmischt, l. 8 §. 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. Savigny III S. 180—184. — Aus demselben Gesichtspunkt wird die einer testamentarischen Verfügung hinzugefügte Bedingung der Wahl eines bestimmten Aufenthaltsortes gestrichen, arg. l. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1 (Seuff. Arch. XXIV. 131), sowie das Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, daß nicht in einer gewissen Weise über den Nachlaß verfügt werden sollte, für ungültig erklärt, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (bei Willenserklärungen von Todes wegen greift hier das Verbot captatorischer Verfügungen ein, s. unten im Erbrecht). Seuff. Arch. XXIII. 121. — Für unerlaubt muß nach diesem Gesichtspunkt endlich auch die Willenserklärung gehalten werden, welche auf den Entschluß in Betreff der Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses durch Belohnung oder Strafe einzuwirken bestimmt ist, so daß sie also als Willenserklärung unter Lebenden nichtig ist, als Willenserklärung von Todes wegen durch Abzug der Bedingung zu einer erlaubten gemacht wird. Die Ansichten sind jedoch hier sehr verschieden, vgl. namentlich Vangerow I S. 138 und die dort Citirten, außerdem Wächter §. 96 Note 18, Böcking I §. 112 Note 17, Unger II S. 86. 87, Scheurl S. 293, Stobbe deutsch. Privatr. I S. 285. 286, Fitting Arch. f. civ. Pr. LVI S. 420 fg.

[14] Nach einer ausdrücklichen Bestimmung der lex Iulia et Papia Poppaea, l. 22. 63 §. 1 l. 64. 72 §. 4 l. 77 §. 2 l. 79 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 100 eod. Vgl. Wächter II §. 96 Note 17, Vangerow I S. 139. II §. 434 Anm. 1 Nr. I. 3, Scheurl S. 295. Anders behandelt das spätere römische Recht die Bedingung der Nichteingehung einer zweiten Ehe, worin es ein Verdienst sieht, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

[15] Condicio iurisiurandi. Die Bedingung wird hier in eine Auflage (Voraussetzung) verwandelt. L. 8 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 l. 26 pr. D. de cond. 35. 1, l. 19 §. 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit. — „cum.. faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit“. Savigny III S. 185—100, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 12 (1840), Vangerow II §. 434 Anm. 1 Nr. I. 4, Scheurl S. 294.

[15a] Derisoriae condiciones: l. 14 D. de cond. inst. Scheurl S. 299 fg.

enthalte[16]. Daraus folgt im Besonderen, daß, wenn die unmögliche oder unerlaubte Bedingung einer letztwilligen Verfügung als auflösende hinzugefügt worden ist, die Bedingung aufrecht erhalten werden muß[17].

*δ. Statthaftigkeit der Bedingungen.*

§. 95.

Es gibt Bedingungen, welche bei keinem Rechtsgeschäfte statthaft sind; das sind die widersprechenden und die unerlaubten (§. 93. 94). Es gibt Rechtsgeschäfte, bei denen gewisse Bedingungen nicht statthaft sind; sie werden im Laufe der Darstellung genannt werden[1]. Es gibt endlich Rechtsgeschäfte, bei denen gar keine Bedingungen statthaft sind; dieß sind die Emancipation und die Erbschaftsantretung[2]. Die Hinzufügung einer Bedingung macht diese Rechtsgeschäfte nichtig, und zwar nicht bloß

---

[16] Wie man sich diese besondere Behandlung auch zurechtlegen mag, jedenfalls wird als letzter Grund derselben anzusehen sein, daß der Verfügende sein Vermögen hat vergeben wollen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat. Auch wird bei der Voraussetzung, wo die gleiche Behandlung eintritt, die Behandlung darauf zurückgeführt, daß dem Bedachten eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, l. 37 D. de cond. 35. 1. Auf der anderen Seite liegt es auch hier nahe (vgl. §. 92 Note 9), das für letztwillige Verfügungen Anerkannte auf Schenkungen auszudehnen, um so mehr, als das unter einer unmöglichen Voraussetzung Geschenkte anerkanntermaßen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung nicht zurückgefordert werden kann (§. 100 Note 4). A. M. Scheurl S. 269.

[17] Sie ist in diesem Falle die Bedingung nicht der Verleihung, sondern der Entziehung einer Liberalität; die Entziehungserklärung ist also nichtig, und die Hauptverfügung besteht als wenn ihr gar keine Bedingung hinzugefügt worden wäre. Vgl. Savigny III S. 192 193, Wächter II S. 724, Mayer a. a. O. §. 34. 35, Unger §. 82 Note 94, Vangerow I S. 135 unt. 137. 138, Scheurl S. 296 fg.

[1] So verträgt z. B. die Erbeseinsetzung keine auflösende Bedingung, die Erbeseinsetzung eines Notherben keine andere (aufschiebende) Bedingung, als eine solche, die auf seinen nackten Willen gestellt ist. Vgl. Maaßen civil. Erörterungen S. 11—18 und in diesem Lehrbuch III §. 588 g. E. §. 95.

[2] L. 77 D. de R. I. 50. 17. (Papinianus). „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem vel condicionem, veluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem". Vgl. c. 50 de R. I. in VI° 5. 13. Das in Klammern Eingeschlossene fehlt in der Florentina. Unter actus legitimi wird nichts Anderes verstanden werden dürfen, als Rechtshandlung über-

die Hinzufügung einer eigentlichen, sondern auch die einer uneigentlichen[8].

---

haupt. Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 97. Statt emancipatio hat Papinian ohne Zweifel mancipatio geschrieben; von dieser ist auch sonst bezeugt, daß sie keine Bedingung vertragen habe, Vat. Fr. §. 329. (Wie es sich in dieser Beziehung mit der in iure cessio verhalten habe, darüber das. §. 48—50.) Die Unzulässigkeit der Bedingung bei der acceptilatio erklärt sich aus dem wörtlichen Inhalt derselben; es hat keinen Sinn, zu sagen: ich habe empfangen, aber nur für diesen oder jenen Fall. Nicht das Gleiche darf von dem, was heutzutage der acceptilatio entspricht, der Quittung, gesagt werden. So jetzt auch Enneccerus a. a. O. S. 40. Was die servi optio angeht, d. h. die Wahl desjenigen, welchem eine Sache vermacht worden ist, die er sich aus einem Kreise von Sachen des Erblassers aussuchen soll, so wird die Unzulässigkeit der Bedingung bei derselben den Sinn gehabt haben, daß eine bebedingte Wahl den Untergang des Vermächtnisses durch den Tod des Vermächtnißnehmers nicht ausschloß (§. 23 I. de leg. 2. 20). Nach Justinianischem Recht aber geht das Wahlvermächtniß auch ohne Wahl auf den Erben über; wenn jetzt der fragliche Satz überhaupt noch Sinn haben soll, so muß man ihn dahin verstehen, daß der Vermächtnißnehmer durch eine bedingte Wahl nicht gebunden werde. Aber gerade das erscheint höchst bedenklich; warum sollte er nicht gebunden werden? Anders Enneccerus S. 42. Unter tutoris datio endlich ist nicht die testamentarische, sondern die obrigkeitliche Ernennung eines tutor zu verstehen (l. 6 §. 1 D. de tut. 26. 1, l. 8 §. 1. 2 D. de test. tut. 26. 2), so daß sie nicht hierher gehört. Vgl. über l. 77 cit. im Allgemeinen noch Elvers die röm. Servitutenlehre S. 179. 180, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 430—347. — Gehört nicht auch die tutoris auctoritas hierher? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8. So Enneccerus S. 43 fg.; a. M. Wendt S. 23. Die Bestellung einer Dienstbarkeit? L. 4 D. de serv. 8. 1; Enneccerus S. 68 fg. und unten §. 212 Note 9. Adoption? Enneccerus S. 52. In Betreff der Ehe s. c. 5. 7 X. de cond. appos. 4. 5. Enneccerus S. 53.

[8] Die l. 77 cit. fährt fort: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum". L. 51 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit ‚si solvendo hereditas est, adeo hereditatem', nulla aditio est". Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 311. 339 fg., Enneccerus S. 6 fg.

### b. Befristung*.

### §. 96.

Befristung oder Betagung ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung erst mit einem gewissen Zeitpunkte eintreten solle. Ist die gewollte rechtliche Wirkung das Wiederaufhören der rechtlichen Wirkung einer andern gleichzeitigen Willenserklärung, so spricht man, wie in dem entsprechenden Falle von einer auflösenden Bedingung, so hier von einer auflösenden Befristung, in jedem anderen Falle von einer aufschiebenden Befristung[1].[2]

Die Wirkung der Befristung bestimmt sich durch ihren Inhalt; die Befristung schiebt das Eintreten der durch die Willenserklärung zu erzeugenden rechtlichen Wirkung bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinaus. Bei der auflösenden Befristung ist also bis dahin die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäftes vollkommen vorhanden, bei der aufschiebenden ist einstweilen eine rechtliche Wirkung überhaupt

---

* Scheurl (Note * vor §. 86) S. 22—69. Savigny III §. 125—127, Wächter II §. 97, Sintenis I S. 177—181, Unger II §. 83.

[1] Sehr gewöhnlich sagt man: dies a quo — dies ad quem. Die Quellen sagen: ein Rechtsverhältniß sei begründet a die oder in diem — ad diem. Ueber in diem vgl. z. B. §. 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7; — vereinzelt l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

[2] Für die Bestimmung des Wesens der auflösenden Befristung muß dasjenige, was für die auflösende Bedingung gilt, unmittelbar maßgebend sein. Ist nun die auflösende Bedingung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Bedingung (§. 86 Note 6), so ist auch die auflösende Befristung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung. Die aufschiebende Befristung hingegen ist so wenig eine besondere Willenserklärung, wie die aufschiebende Bedingung es ist; sie ist wie diese eine Qualification der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist; auch die befristete Willenserklärung ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einigen, so geeigenschafteten Willens. So auch, wenn ich ihn recht verstehe, und jedenfalls mit besonderer Wendung (die in der auflösenden Befristung enthaltene Willenserklärung sei nicht gerichtet auf die Wiederauflösung, sondern auf den Bestand des erzeugten Rechtsverhältnisses), Scheurl S. 60 fg.; a. M. Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg. Demgemäß muß auch für die Beweislast

§. 96.

nicht vorhanden[3]. Von der anderen Seite ist jedoch auch bei der aufschiebenden Befristung die künftige Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung vollkommen sicher, die Existenzfrage darf für sie nicht mehr aufgeworfen werden[4], und so kann auch gesagt werden, daß sie sofort existire, nur noch nicht geltend gemacht werden könne[5]. Kommt der bezeichnete Zeitpunkt heran, so tritt die ge-

---

das Nämliche gelten, wie bei der Bedingung, d. h. die auflösende Befristung muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden, nicht aber die aufschiebende. A. M. in Betreff der aufschiebenden Befristung Unger II §. 83 Note 3 und österr. Erbrecht §. 17 Anm. 1, Bayer Vorträge S. 739, Wetzell Civilproc. §. 19 a. E.; übereinstimmend Arndts krit. VJSchr. V S. 14 fg. Auch von dem Beweise der auflösenden Befristung sprechen den Behauptenden frei die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. III. 222, V. 239.

[3] L. 41 §. 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur". Gai III. 124, IV. 131, l. 76 §. 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II° 31, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I. 50. 17; l. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 1 D. de leg. II° 31; l. 23 §. 1 D. de manum. test. 40. 4. Sicherheitsleistung: Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck III S. 54 fg.

[4] Gai. III. 124: — „pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, . . . certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur". L. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9: — „si ex die proprietas alicui legata sit. . . quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum". L. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1. „Cum dies certus adscriptus est (sc. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri". L. 73 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2, vgl. l. 8 §. 1 D. de nov. 46. 2. Nur diese Sicherheit des künftigen Erwerbes des befristeten Vermächtnisses soll bezeichnet werden, wenn es von ihm heißt: dies eius cedit statim post mortem testatoris; Beweis dafür ist, daß, sobald dieser künftige Erwerb aus anderen Gründen unsicher ist, der dies cedens bis zum wirklichen Erwerb hinausgeschoben wird. L. 2. 3. 5 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 3 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Jedenfalls wird mit dem dies legati cedens nicht auch das durch das Vermächtniß verliehene Recht existent, l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 §. 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I° 30, l. 80 D. de leg. II° 31, l. 7 §. 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2. S. III §. 642.

[5] §. 2 I. de V. O. 3. 15: — „quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest". L. 46 pr. D. de V. O. 45. 1. „Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio". L. 1 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. — Wenn man, wie das früher fast ausnahmslos geschah, die Wirkung der auf-

wollte rechtliche Wirkung ein, also bei der auflösenden Befristung die Wiederaufhebung der durch das Hauptgeschäft erzeugten. Und zwar wird dieselbe direct wieder aufgehoben; es gilt in dieser Beziehung Alles, was von der auflösenden Bedingung gesagt worden ist (§. 90)[6].

---

schiebenden Befristung von vorne herein und ohne Weiteres dahin bestimmt, daß sie nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen Rechts hinausschiebe, so steht dieß in Widerspruch mit dem Inhalt der befristeten Willenserklärung, und muß nothwendigerweise zu Verwirrung führen. Wer sagt: du sollst Eigenthümer sein vom 1. des künftigen Monats, sagt nun einmal nicht: du sollst sogleich Eigenthümer sein. Daher muß ausgegangen werden davon, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des verliehenen Rechts hinausschiebe. Nur darf dabei mit der eigentlichen Befristung nicht verwechselt werden ein hinzugefügter Nebenvertrag, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen Rechts für eine gewisse Zeit verzichtet wird (pactum de non petendo in tempus). Es ist ein Unterschied zwischen dem Fall, wo Jemand einen nach 3 Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt, und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehn erst nach drei Monaten zurückgezahlt werden solle; jener will Schuldner werden erst nach Ablauf der drei Monate, in dem letzteren Falle wird ein Ausstand von drei Monaten bewilligt. Vgl. l. 20 D. de I. D. 23. 3: — „aliud est enim differre exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit“. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein; nichtsdestoweniger muß die Unterscheidung gemacht werden. Sie ist auch nicht ohne praktische Bedeutung, so namentlich nicht in Betreff der Beweislast (Note 2. a. E.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Unger II S. 89—91. VI §. 48 Anm. 3, Arndts §. 73 Note 6, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 280, s. auch Köppen Jahrbuch f. Dogm. XI S. 178 fg.; übereinstimmend mit Unterscheidungen, namentlich zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten (nur bei ersteren soll die Befristung die Existenz des Rechtes hinausschieben) Fritz Erläuterungen I S. 197, Vangerow 7. Aufl. I S. 146. 148 unt., Brinz S. 1519 fg., Scheurl S. 29 fg., Hartmann krit. VJSchr. XIII S. 519. — Daraus, daß in unseren Quellen auch das eigentlich befristete Recht als an und für sich schon existirend angesehen wird, erklärt sich daß bei Erfüllung eines befristeten Anspruchs die indebiti condictio ausgeschlossen ist (l. 10 vgl. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), und daß die Verpfändung für eine befristete Schuld die actio hypothecaria erzeugt (l. 14 vgl. l. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1). Allerdings finden sich Consequenzen auch aus der Auffassung gezogen, daß das befristete Recht noch gar nicht existire — l. 45 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; es darf jedoch angenommen werden, daß darin (die betreffenden Stellen sind von Pomponius und Gajus) sich nur eine frühere Entwickelungsphase darstelle. (Vgl. übrigens jetzt auch Scheurl S. 38. 39, welcher l. 10

## §. 96a.

Der Zeitpunkt, an welchen die Befristung die gewollte rechtliche Wirkung knüpft, kann entweder direct bestimmt werden, durch Bezeichnung eines Kalenderpunktes[1], oder indirect, durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß[2], oder die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes[3]. Bei der indirecten Bestimmung ist aber zuzusehen, ob es sicher ist, daß das fragliche Ereigniß eintreten, der fragliche Zustand die bezeichnete Dauer erreichen wird[4]; ist dieß nicht der Fall, so liegt nicht sowohl eine Be-

---

D. cit. in anmuthender Weise aus dem Wortlaute des Senatusconsults erklärt; in Betreff der anderen Stelle s. III §. 643 Note 4.) Das versteht sich von selbst, daß als Beweise für die sofortige Existenz des befristeten Rechts nicht diejenigen Sätze aufgeführt werden dürfen, welche auch für das bedingte gelten (§. 89), so namentlich nicht der Satz, daß das befristete Recht durch keine spätere Verfügung verkümmert werden kann, l. 12 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, vgl. auch l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l. 17 D. de H. v. A V. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Uebrigens wird ein Mal (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) das Wesen auch der bedingten Obligation dahin bestimmt, daß sie „ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit".

[6] Nur tritt natürlich keine Rückwirkung ein. Im Uebrigen geht die Behandlung der auflösenden Befristung und der auflösenden Bedingung im römischen Rechte Hand in Hand: für das heutige Recht dürfen wir als Regel behaupten, daß auch jener, wie dieser, directe Wirkung zukomme. S. l. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 30, l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. §. 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, vgl. auch die §. 90 Note 1 citirten Stellen. A. M. für die nicht ihrem Wesen nach auf Zeit beschränkten Rechte Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 6 fg., welcher in den beiden zuletzt genannten Codexstellen directe Wirkung nicht anerkannt findet. Ebenso Brinz §. 342 und Scheurl S. 60 fg., welcher Letztere jedoch für das heutige Recht directe Wirkung zugesteht. Vgl. auch §. 172 Note 17.

§. 96a. [1] Savigny III §. 125. c.

[2] Z. B. den Tod, die Heirath, die Anstellung einer gewissen Person. L. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 107 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

[3] Z. B. es wird Jemanden etwas gegeben „am Tage seiner Volljährig-

fristung vor, als eine Bedingung[5]. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter; es kommt auf die Auslegung des Willens an[6]. Von der anderen Seite wird bei letztwilligen Verfügungen nach dem präsumtiven Willen des Erblassers auch die auf ein gewiß eintretendes Ereigniß gestellte Befristung als Bedingung behandelt, wenn es ungewiß ist, ob die bedachte Person dieses Ereigniß erleben wird[7].

---

keit", d. h. am Tage, wo sein Leben 25 Jahre gedauert haben wird. L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2. 3 D. de leg. I° 30.

[4] Es ist z. B. für jeden Menschen sicher, daß er sterben, aber nicht, daß er sich verheirathen, ein Amt erlangen, ein gewisses Lebensalter erreichen wird. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem dies incertus (vgl. jedoch auch Note 7). Ein neuerer Sprachgebrauch bezeichnet die nach Note 2 und 3 verschiedenen Fälle des dies incertus als: dies incertus an, incertus quando und: dies incertus an, certus quando. Derselbe Sprachgebrauch nennt aber auch den durch ein gewiß eintretendes Ereigniß bezeichneten Zeitpunkt dies incertus — dies incertus quando, certus an. Es liegt in diesen Bezeichnungen keine Förderung des Verständnisses. Vgl. Savigny III S. 207. 208.

[5] L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2 D. de leg I° 30, l. 16 §. 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 16 D. de V. O. 45. 1. Umgekehrt wird auch die Bedingung als dies incertus bezeichnet, l. 30 §. 4 D. de leg. I° 30. — Man hat sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß gesagt werde, der dies incertus sei eine Bedingung; man müsse sagen, der dies incertus enthalte eine Bedingung; durch den ersteren Ausdruck werde die doch auch vorhandene Befristung geleugnet. Aber daß die Bedingung eine Befristung in sich schließe, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die auflösende außer Zweifel (§. 91). Vgl. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Arndts §. 78 Note 4), l. 49 §. 2 D. de leg. I° 30.

[6] In dieser Beziehung erweist sich namentlich der Begriff des dies incertus an, certus quando als fruchtbar. Wenn die gewollte rechtliche Wirkung an die Vollendung einer gewissen Dauer eines Zustandes angeknüpft wird, so kann das möglicherweise auch so auszulegen sein: die rechtliche Wirkung solle existent werden zu der Zeit, wo die bezeichnete Dauer vollendet sei, oder vollendet sein würde, wenn der fragliche Zustand bis dahin gewährt hätte; dann ist Befristung vorhanden, und keine Bedingung. L. 46 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 26 §. 1 D. eod. 36. 2, l. 18 §. 2 D. de alim. 34. 1. Es ist dieß jedoch nicht der einzige hierher gehörige Fall. Vgl. Wächter S. 731, Mühlenbruch in der Forts. von Glück XLI S. 60 fg., Maassen civil. Erörterungen S. 28 fg., Unger §. 83 Anm. 13. 15.

[7] L. 75 D. de cond. 35. 1. „Dies incertus condicionem in testamento

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine Bedingung zulässig ist (§. 95), vertragen auch keine Befristung[8].

### c. Voraussetzung*.[1]

### §. 97.

Die Voraussetzung[2] ist eine unentwickelte Bedingung. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls,

---

facit" (vgl. Savigny III §. 126. c). L. 79 §. 1 D. eod. "Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato'. Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum". L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si 'cum heres morietur' legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero 'cum ipse legatarius morietur' legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti". L. 13 i. f. eod., l. 1 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 §. 1 D. de leg. II° 31, l. 104 §. 6 D. de leg. I° 30. Die Quellen sprechen auch in diesem Falle von einem dies incertus. Vgl. Unger §. 83 Anm. 14. österr. Erbrecht §. 17 Anm. 2. Auch die Befristung cum morietur heres will das Gesagte beschränken Brinz S 950. 951. 1529. Ein Fall, in welchem nach Lage der Umstände dafür entschieden wurde, daß der Erblasser keine Bedingung gewollt habe, bei Seuff. Arch. I. 268; s. andererseits II. 316, VII. 377. Vgl. auch Zimmern Arch. f. civ. Pr. IX. 18.

[8] L. 77 D. de R. I. 50. 17.

* Windscheid die Lehre von der Voraussetzung Düsseldorf 1850.

§. 97. [1] Die herrschende Meinung stellt als Drittes neben Bedingung und Befristung nicht die Voraussetzung, sondern, unter der Bezeichnung Modus (vgl. die folgende Note), die auf eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung gelegte Auflage; eine Selbstbeschränkung des Willens sei in derselben insofern enthalten, als durch sie der Werth der ursprünglichen Gabe gemindert werde (vgl. z. B. Savigny III S. 230, Arndts §. 74, Unger §. 84 Note 4). Man beachtet dabei nicht, daß der Gesichtspunkt, welchen man in dieser Weise neben juristische stellt, kein juristischer, sondern ein ökonomischer ist. Freilich kann dieser Gesichtspunkt auch wieder juristische Bedeutung gewinnen, z. B. da, wo die Gültigkeit einer Zuwendung von ihrem Vermögenswerthe abhängt, und hierauf legt denn auch Böcking Pand. §. 115 alles Gewicht. Aber es leuchtet nicht ein, warum aus diesem Grunde von der möglichen Minderung des Werthes einer Gabe in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, und überhaupt an einem andern Orte gehandelt werden solle, als da, wo die betreffenden Rechtssätze vorzutragen sind. Wenn in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen nach den möglichen Selbstbeschränkungen derselben gefragt wird, so dürfen nur solche genannt werden, durch welche die durch die

wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er macht nicht das Dasein der Wirkung von diesem Zustande der Verhältnisse abhängig. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht das nicht, und deßwegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. In Folge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte[8] sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der recht-

---

Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficirt wird. Eine Selbstbeschränkung dieser Art liegt nun allerdings auch in dem Modus, insofern nämlich die gesetzte rechtliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird; aber der Grund, weßwegen der Modus in dieser Weise wirkt, ist ein Grund, welcher ganz in gleicher Weise noch in vielen andern Fällen sich geltend macht, der nämlich, daß bei Nichterfüllung des Modus die gesetzte rechtliche Wirkung nicht dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht. Wenn man dieß nicht leugnen kann, und zum Theil erkennt man es ausdrücklich an (vgl. z. B. Erxleben die cond. sine causa 2. Abth. Vorrede S. VI, Arndts §. 74, H. Witte die Bereicherungsklagen S. 65. 66), so ist nicht abzusehen, warum man dagegen Einspruch erheben will, daß auch im Allgemeinen von denjenigen Zusätzen zu einer Willenserklärung gehandelt werde, durch welche die gewollte rechtliche Wirkung in die Lage kommen kann, dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht zu entsprechen. Man kann es tadeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen. Man kann auch darüber verschiedener Meinung sein, in welchem Umfange dieser Gesichtspunkt zur Geltung gelangt sei; ihn ganz zu verwerfen, scheint mir keinen Sinn zu haben, wenn man nicht auch die Consequenzen desselben verwerfen will. — Für die hier vertretene Auffassung haben sich ausgesprochen: Rudorff zu Puchta §. 63. 6. Aufl. u. ff., Bähr die Anerkennung S. 15. 62, und neuerdings Unger österr. Erbrecht §. 13 Anm. 3. §. 18 Anm. 1; vgl. auch Bechmann röm. Dotalrecht I S. 31, Brinz S. 1533, Hesse Wesen und Arten der Verträge des heut. röm. Rechts S. 58 fg. Juristische Probleme S. 221. Seuff. Arch. VI. 22, XVI. 6. 103, XVII. 59, XXIV. 36 (XVIII. 224 wird die Entscheidung irrthümlich, statt auf die ermangelnde Voraussetzung, auf einen wesentlichen Irrthum gegründet).

lichen Wirkung gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben[4].[5]

Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, wie bei der Bedingung, ein thatsächlicher oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger

---

Dagegen hat sich gegen die Kategorie der Voraussetzung neuerdings wieder ausgesprochen Voigt die condictiones ob causam S. 515—523; s. darüber II §. 423 Note 8. Auch Scheurl (Note * vor §. 86) ist bei der Kategorie des Modus stehen geblieben, ohne die der Voraussetzung zu nennen. Er findet aber die Rechtfertigung der Zusammenstellung des Modus mit Bedingung und Befristung nicht in der durch ihn herbeigeführten Minderung des ökonomischen Werthes der Gabe, sondern darin, daß das Vermächtniß sub modo nicht ohne Cautionsleistung eingefordert werden könne. Die Rückforderbarkeit des Zugewendeten hält Scheurl für eine Rechtswirkung nicht des Modus an und für sich, sondern der Grundsätze des römischen Rechts über die Bereicherung sine causa. Aber warum ist die Bereicherung hier sine causa?

[2] Für das, was hier Voraussetzung genannt wird, fehlt es in den Quellen an einer feststehenden technischen Bezeichnung. Gebraucht werden die Ausdrücke condicio (vgl. z. B. l. 2 §. 7 l. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), causa (z. B. l. 75 §. 2 D. de leg. I° 30, l. 23 pr. §. 3. 4. D. de cond. ind. 12. 6), modus. Dieser letztere Ausdruck wird speciell gebraucht zur Bezeichnung der auf eine Zuwendung gelegten Auflage, ohne daß jedoch dadurch gerade auf die Voraussetzungsnatur der Auflage hingewiesen würde, l. 17 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 6 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb. titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45. 8. 55. Windscheid a. a. O. §. 4. S. auch II §. 423 Note 8.

[3] Der Beeinträchtigte ist bei Willenserklärungen unter Lebenden der Urheber der Willenserklärung, bei Willenserklärungen von Todes wegen derjenige, welchem durch die Willenserklärung etwas genommen wird, was er sonst bekommen haben würde. Windscheid S. 68. 69.

[4] Die römische Form der Einrede ist exceptio doli oder in factum concepta, die des Anspruchs condictio (sine causa), oder auch, wo die Voraussetzung sich bei einem contractus bonae fidei geltend gemacht, die betreffende actio bonae fidei. L. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 §. 5 D. comm. 13. 6, l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1. Windscheid §. 5. 6, und unten II §. 423—429.

[5] Ist das Rechtsgeschäft bei ermangelnder Voraussetzung ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne? Einerseits wird hier die Unwirksamkeit zur Geltung gebracht kraft des eigentlichen Willens des Erklärenden, auf der andern Seite aber im Widerspruch mit seinem zur Zeit der Willenserklärung wirklichen Willen. So geht hier der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit über (§. 82 Note 1 a. E.)

oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt. Die Voraussetzung kann ferner entweder auf ein momentanes Ereigniß, oder auf ein bleibendes Verhältniß gehen; dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des betreffenden Verhältnisses ermangeln kann[6].

## §. 98.

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden; sie kann aber auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich als gewollt ergeben. Hierher gehört namentlich Folgendes.

1. Jede Willenserklärung hat eine erste Absicht; hinter dieser Absicht können möglicherweise andere Absichten stehen, welche durch das zunächst zu Erreichende ferner erreicht werden sollen, möglicherweise auch nicht, eine erste Absicht hat jede Willenserklärung. Durch die Bezeichnung dieser ersten Absicht nun wird mit Nothwendigkeit auch eine Voraussetzung der Willenserklärung bezeichnet; daß für den Fall ihrer Vereitelung die gewollte rechtliche Wirkung dem wahren Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspreche, ist ebenso sicher, als daß ohne alle Absicht Niemand eine Willenserklärung abgibt[1].

2. Wenn bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auf-

---

[6] Vgl. II §. 423 Note 12. — Ein Versuch einer vollständigen Uebersicht der Fälle, in welchen in unseren Quellen eine Voraussetzung anerkannt ist, bei Windscheid §. 2. 3.

[1] Man darf nicht die erste Absicht einer Willenserklärung mit ihrem ersten Inhalt verwechseln (wie Witte Bereicherungsklagen S. 66 thut). Die Willenserklärung muß zuerst überhaupt einen Inhalt haben, ehe von einer Absicht derselben geredet werden kann. Eine vollständige Aufzählung der möglichen ersten Absichten darf die Theorie nicht unternehmen wollen; eine Uebersicht der in unseren Quellen vorkommenden s. bei Windscheid S. 85—102 (vgl. damit Bähr Anerkennung §. 10, Witte Bereicherungsklagen S. 58—62). Im Einzelnen bemerke man: Absicht zu schenken (dieselbe wird nicht erreicht, wenn die in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung von dem Bereicherten als Schenkung nicht acceptirt wird, vgl. II §. 365 Note 5); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen (l. 1 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de

§. 98.

lage gemacht wird[2], so bildet die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung. Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es seinem wahren Willen nicht, daß ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe[3]. —

---

cond. s. c. 12. 7, l. 26 §. 13 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58 pr. D. de sol. 46. 3 u. a. m., Windscheid Nr. 10—12); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erzeugen (bei Windscheid übergangen, s. z. B. l. 32 D. de R. C. 12. 1); Absicht, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen (l. 1 pr. l. 3 pr. — §. 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 19, aber auch Nr. 102); Absicht, der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung nachzukommen (l. 1 §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 22); Absicht, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle, z. B. Arrha oder Dos sei, oder in gewisser Weise verwendet werde (l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7. §. 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 §. 5 l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 u. a. m., Windscheid Nr. 14. 20. 66. 79); Absicht, dem Empfänger die Geltendmachung einer Befugniß zu sichern oder zu erleichtern, l. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 13). Eine früher herrschende, noch immer sehr verbreitete, Ansicht glaubte alle ersten Absichten der Willenserklärungen auf eine Dreitheilung: animus donandi, solvendi, credendi oder obligandi zurückführen zu können. Dagegen Windscheid a. a. O. S. 89, Erxleben condictiones sine causa I S. 33, Witte Bereicherungsklagen S. 57, Arndts §. 80 Anm. 2, Unger II §. 95 Anm. 25; vgl. auf der anderen Seite Schlesinger Formalcontracte S. 5—7, Brinz S. 1540. Schloßmann zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge S. 37 fg. (1868) will an die Stelle jener Dreitheilung die Zweitheilung in animus donandi und animus acquirendi setzen. Aber wie unbestimmt auch dieser animus acquirendi sein mag, er genügt doch nicht (Arrha, Dos). — Beispiele von Absichten, welche nicht erste Absichten sind, in l. 3 §. 7. i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 C. de transact. 2. 4. Windscheid Nr. 62, aber auch Nr. 69. — An die Stelle der hier benutzten Kategorie der ersten Absicht will Witte Bereicherungsklagen S. 55 fg. eine andere setzen. Es könne dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung bei dem Empfänger nicht den beabsichtigten „Charakter" habe. Es ist dieß Vertauschung eines bestimmten Begriffs mit einer unbestimmten Vorstellung. — Gegen die Kategorie der ersten Absicht jetzt auch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 396—397. Vgl. andererseits Fr. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi (1873) S. 100 fg.

[2] Es wird hier angenommen, daß die Erfüllung der Auflage nicht die erste Absicht der Willenserklärung bilde. Windscheid Nr. 66. 68. 79.

[3] L. 8 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 u. a. m. Windscheid

Aber nicht bloß aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung, sondern auch aus den dieselbe begleitenden Umständen kann sich eine Voraussetzung, ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, als gewollt ergeben. In dieser Beziehung dürfen jedoch Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen von Todes wegen nicht auf gleiche Linie gestellt werden[4]. Bei Willenserklärungen unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß überhaupt erkannt werden können, sondern auch von demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, haben erkannt werden können[5]. Dagegen genügt bei Willenserklärungen von Todes wegen, daß jetzt, wo die Willenserklärung der rechtlichen Beurtheilung unterzogen wird, aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden könne, daß der Erblasser eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Dinge gewollt habe. Mit anderen Worten: für Willenserklärungen von Todes wegen ist der Satz aufzustellen, daß sie als unwirksam angefochten werden können, sobald nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser, wenn er den wirklichen Zustand der Dinge zur Zeit seiner Verfügung, oder die Gestaltung derselben, wie sie seitdem

---

Nr. 68. 79. — Es muß sicher sein, daß der Zuwendende auch wirklich eine Auflage habe machen, nicht bloß einen Rath habe ertheilen wollen (l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 13 §. 2 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 §. 14 D. de leg. I° 30, l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. de leg. III° 32), und ferner, daß die Auflage auch wirklich eine Auflage auf die Zuwendung sei (l. 28 §. 1 l. 32—36 pr. D. de excus. 27. 1). Windscheid Nr. 69. 79. Von der anderen Seite braucht die Auflage nicht ausdrücklich gemacht zu sein, l. 28 D. de don. 39. 5 (wo der Schluß von der actio praescriptis verbis auf die condictio ein sicherer ist).

[4] Ueber die Gründe, warum dieß nicht zulässig ist, s. Windscheid Nr. 57.

[5] Speciell gegen die s. g. clausula rebus sic stantibus: Seuff. Arch. VI. 137, VIII, 353. — Daß aber, wenn das im Text bezeichnete Erforderniß erfüllt ist, auch bei Willenserklärungen unter Lebenden ein irgendwelches Hervortreten der Voraussetzung in der Willenserklärung selbst nicht erforderlich ist, dafür u. a. l. 32 §. 27 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7. Windscheid Nr. 71—77. Seuff. Arch. III. 323. Hierher gehört auch die Willenserklärung auf Grund eines Rechnungsfehlers. Seuff. Arch. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, vgl. auch XV. 12.

eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde[6].

§. 99.

Ist die Voraussetzung gerichtet auf eine Handlung desjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben worden ist, so kann demselben zugleich eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung auferlegt sein. Man darf nicht sagen, daß das Eine mit dem Anderen unverträglich sei, daß die Verpflichtung die Voraussetzung ausschließe. Möglich ist es allerdings, daß in der Auferlegung der Verpflichtung von der Voraussetzung Abstand genommen sei, aber nöthig ist dieß nicht; um es annehmen zu können, ist ein besonderer Grund erforderlich[1]. Nur das kann

---

[6] Mit Rücksicht auf die vergangene und gegenwärtige Voraussetzung läßt sich das auch so ausdrücken: bei Willenserklärungen von Todes wegen ist der Irrthum im Beweggrunde Unwirksamkeitsgrund (§. 78). Freilich ist dazu erforderlich, daß der Irrthum wirklicher Bestimmungsgrund, nicht bloß Veranlassung gewesen sei (§. 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 §. 2. D. de cond. 35. 1); aber ist es sicher, daß ohne den Irrthum in der That die Verfügung nicht getroffen worden sein würde, so ist sie hinfällig. Die Hauptstelle ist l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse". Vgl. Windscheid S. 139. 140, Unger österr. Erbrecht §. 13 Anm. 3. Anwendungen in l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 92 D. de her. inst. 28. 5 u. a. m. Windscheid Nr. 26—28. 58. 81—83 und in diesem Lehrbuch III §. 556. 636, Vangerow II §. 431 Anm. 2, Weil Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 3, Unger österr. Erbrecht §. 13 Anm. 2. Nicht so weit wollen gehen Savigny III S. 377 fg., Sintenis III §. 171 Note 60.

§. 99. [1] Einen solchen besonderen Grund sehen l. 4. 7 C. de rer. perm. 4. 64 in dem Abschluß einer Stipulation über die auferlegte Verpflichtung, indem sie davon ausgehen, daß die Stipulation novandi animo abgeschlossen worden sei, was doch nicht nothwendig ist (l. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Daß durch die actio praescriptis verbis die Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht ausgeschlossen werde, ist in zahlreichen Stellen der Quellen anerkannt, s. u. a. l. 5 §. 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 (übrigens auch II §. 413 Note 11. c). Windscheid Nr. 100. 101; im Allgemeinen übereinstimmend Erxleben cond. sine causa II S. 349 fg. 479 fg.; abweichend Schlesinger Formalcontracte S. 199. Darüber besteht kein Zweifel, daß alle Rückforderung wegen nicht erfolgender Handlung des Empfängers wegfalle, sobald ein zweiseitiger Contract vorliegt; denn dann ist gar nicht um der Handlung des

gefragt werden, ob nicht wenigstens davon ausgegangen werden müsse, daß die Erfüllung der Verpflichtung zunächst und vorzugsweise gewollt sei. Dieser Gesichtspunkt findet sich auch wirklich durchgeführt bei Willenserklärungen von Todes wegen[2], während bei Willenserklärungen unter Lebenden, wenn die Auflage zum Besten des Urhebers der Willenserklärung selbst hinzugefügt ist, es ihm, wie seinen Erben, überlassen bleibt, ob sie die Verpflichtung geltend machen wollen oder die Voraussetzung[3]; nur da, wo die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, geht auch hier dieser Dritte in der Geltendmachung der Verpflichtung dem Urheber der

---

Empfängers, sondern um der eigenen Verpflichtung willen geleistet worden. Windscheid Nr. 102, Erxleben a. a. O. II S. 471 fg. Vgl. II §. 321 Nr. 2.

[2] Daher geht namentlich, wenn die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigert wird, der Vermächtnißnehmer dem durch das Vermächtniß Beschränkten (welcher die Ermangelung der in dem Vermächtniß liegenden Voraussetzung geltend zu machen befugt wäre) vor. Bei testamentarischen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind, z. B. dem Erblasser ein Grabdenkmal zu errichten, wird in verschiedener Weise geholfen. Ist die Zuwendung, auf welche die Auflage gelegt ist, ein Vermächtniß, so braucht das Vermachte dem Bedachten nicht eher verabfolgt zu werden, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat (l. 19 D. de leg. III° 32, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 §. 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5). Ist die Auflage einem Erben gemacht, so kann auf Erfüllung der Auflage (oder Sicherheit dafür) bei der Erbtheilung gedrungen werden (l. 18 §. 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 D. de annuis 33. 1); aus bewegenden Gründen schreitet sogar das Gericht mit außerordentlichem Zwange ein (l. 7 cit., l. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3), und so auch bei Vermächtnissen, wenn sie ohne jene Sicherheitsleistung erlangt worden sind (l. 92 D. de cond. 35. 1). In letzter Linie wird aber auch bei letztwilligen Verfügungen die Voraussetzungsnatur der gemachten Auflage herausgekehrt, und bei Nichterfüllung derselben dem Bedachten das ihm Zugewendete zu Gunsten des durch ihn Beschränkten genommen (l. 17 D. de usu 33. 2, l. 24 §. 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 §. 6 D. de cond. inst. 28. 7). Windscheid Nr. 104. 106, Erxleben cond. sine causa II S. 270—289 (welcher aber [S. 285 Note 70] die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes der Voraussetzung auf die Erbeseinsetzung leugnet).

[3] Der Empfänger der Leistung kann nicht etwa verlangen, daß diese Personen, bevor sie die Voraussetzung geltend machen, die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmaßregeln, um die Erfüllung der Verpflichtung zu erwirken, gegen ihn anwenden. Jedenfalls in seinem Interesse ist es nicht, daß vorzugsweise die Erfüllung der Auflage gewollt ist.

Willenserklärung und seinen Erben in der Geltendmachung der Voraussetzung vor[4].

## §. 100.

Unerlaubte Voraussetzungen werden bei Verfügungen von Todes wegen behandelt, wie unerlaubte Bedingungen, d. h. wenn die Verfügung eine Liberalität enthält, werden sie als nicht hinzugefügt angesehen, sonst machen sie die Verfügung ungültig[1]. Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist ihre Behandlung diese: trifft der Vorwurf den Empfänger, so kann der Geber die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung geltend machen trotz der Erfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf den Geber, so kann er die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung nicht geltend machen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf beide Parteien, so kann sich auf das Geschäft keine von beiden berufen, weder der Empfänger auf die Willenserklärung, noch der Geber auf die Ermangelung der Voraussetzung, und es wird daher der bestehende thatsächliche Zustand aufrecht erhalten[2].

Unmögliche (von Anfang an unmögliche) Voraussetzungen machen Willenserklärungen unter Lebenden von vorn herein unwirksam[3], mit Ausnahme jedoch der Schenkungen, bei denen sie, wie bei Willenserklärungen von Todes wegen, wenn nicht diese ausnahmsweise keine Liberalität enthalten, für nicht geschrieben zu erachten sind[4].

---

[4] Natürlich muß er aber ein klagbares und unwiderrufliches Forderungsrecht erworben haben. Das Nähere gehört nicht hierher. Vgl. Windscheid Nr. 105, Erxleben a. a. O. S. 296—310, und unten II §. 316 Note 5. 15—16.

§. 100. [1] L. 37. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum. test. 40. 4), l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1, l. 13 §. 1 D. de pollic. 50. 12. Jedoch kann es auch sein, daß eine Conversion der Auflage als das dem Sinne des Erblassers am meisten Entsprechende erachtet werden muß, l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 4 D. de adm. rerum 50. 8. S. noch l. 9 C. de pagan. 1. 11. Windscheid Nr. 108.

[2] L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7. Vgl. II §. 428 Abs. 2. 3.

[3] L. 3 §. 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 59 §. 2 D. de I. D. 23. 3, l. 1. 5. 6 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Erxleben a. a. O. S. 452 fg.

[4] Für Willenserklärungen auf Todesfall ist entscheidend die Analogie der Bedingungen und der unerlaubten Voraussetzungen, vgl. auch l. 6 pr. D. de cond. 35. 1. Was Schenkungen angeht, s. l. 8 C. de cond. ob c. dat. 4. 6, Windscheid Nr. 111. A. M. Erxleben a. a. O. S. 461—463.

Ist die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich, sondern wird sie erst hinterher unmöglich, so ist die Regel, daß, in gleicher Weise bei Willenserklärungen von Todes wegen wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, Unwirksamkeit der Willenserklärung eintritt. Es machen sich aber bedeutende Modificationen dieser Regel in dem Fall geltend, wo der Empfänger der Leistung an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist. In diesem Falle wird 1) bei Willenserklärungen von Todes wegen von der wirklichen Erfüllung der Voraussetzung abgesehen, sobald der Empfänger das Seinige zu ihrer Erfüllung gethan hat[5]; 2) geht die Voraussetzung geradezu auf eine Handlung des Empfängers, so gilt bei allen Willenserklärungen, ohne Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und von Todes wegen, die bloße schuldlose Unmöglichkeit der Erfüllung gleich[6]. Jedoch wird dieser letztere Satz nicht unbedingt durchgeführt, nämlich da nicht, wo Jemandem etwas zur Verwendung in eigenem Interesse gegeben worden ist, oder auch zur Verwendung in fremdem Interesse ohne daß die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen[7].

---

[5] L. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 (*vv.* quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Vgl. §. 92.

[6] Diese, dem Wesen der Voraussetzung nicht entsprechende, Behandlung hat sich unter dem Einflusse der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung ausgebildet. Doch wird für Willenserklärungen unter Lebenden die entgegengesetzte noch vorgetragen in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (Celsus). S. dagegen l. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19 5 (Paulus) und vor Allem die allgemein redende l. 10 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6 (Diocletian u. Maximian). Vgl. ferner l. 8. 11 C. eod., l. 1 §. 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l 3 §. 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Nr. 110. 111. 113, Vangerow III S. 233 fg. (7. Aufl. S. 208 fg.) und die dort Citirten. A. M. Erxleben a. a. O. S. 386—444, welcher die Regel der l. 10 C. cit. nur da angewendet wissen will, wo die Leistung unter der Voraussetzung einer Handlung des Empfängers in einen tauschartigen Contract übergehe. S. auch Brinz S. 408. Was letztwillige Verfügungen angeht, s. l. 8 §. 7 (vgl. §. 6) D. de cond. inst. 28. 7, l. 17 pr. D. de leg. II° 31, l. 8 D. de alim. 34. 1, l. 51 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5. A. M. auch hier Erxleben a. a. O. S. 444—452, welcher als Regel nur zugeben will, daß die Voraussetzung als erfüllt anzusehen sei, wenn ihre Erfüllung an der verweigerten Mitwirkung einer dritten Person scheitere.

[7] L. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 20 §. 1 D. de bon. lib. 38. 2, l. 7

## III. Unerlaubtes Verhalten*.

### §. 101.

Es gibt zwei Arten des unerlaubten Verhaltens.

1. Rechtsverletzung, d. h. Verletzung eines subjectiven Rechtes. Das Verhalten ist deßwegen unerlaubt, weil es sich in Widerspruch setzt mit dem Recht einer andern Person. Von den Folgen der Rechtsverletzung wird in dem folgenden Kapitel (§. 122 fg.) besonders gehandelt werden.

2. Verbotenes Verhalten (Vergehen, Delict). Das Verhalten widerspricht einem besonderen Verbot des Rechts. Das verbotene Verhalten kann zugleich eine Rechtsverletzung sein — das Recht hat es noch einmal besonders verboten[1]; oder es kann eine Rechtsverletzung nicht sein — das Recht hat es dennoch verboten[2]. Die privatrechtliche Folge der Uebertretung eines Rechtsverbotes[3] besteht entweder in der Erzeugung eines obligatorischen Rechts für den Verletzten auf Strafe oder Ersatz, hiervon ist näher im Obligationenrecht zu handeln (II §. 326, s. auch diesen §. a. E.) — oder in dem Verluste eines Rechts oder einer Rechtsstellung für den Vergeher (Verwirkung), das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Rechten, wo sich diese Wirkung geltend macht, angegeben werden[3a].

An diesen Ort gehören folgende allgemeine Bemerkungen in Betreff des unerlaubten Verhaltens überhaupt.

---

l. 24 §. 12. 16 D. de fideic. lib. 40 5. Windscheid Nr. 112. 113. Anders stellt die Ausnahmen Witte Bereicherungsklagen §. 14. 17.

* Wächter II §. 109—114, Unger II §. 100—102. Vgl. auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 162—211.

§. 101. [1] Beispiel: Diebstahl.

[2] Beispiel: Betrug.

[3] Die öffentliche Strafe als Folge der Uebertretung eines Rechtsverbotes kommt hier nicht in Betracht. Ueber die Bemühungen der neueren Strafrechtswissenschaft, ein principielles Kriterium für das mit öffentlicher Strafe (bez. überhaupt mit Strafe) zu belegende Unrecht (s. g. Criminalunrecht im Gegensatz des Civilunrechts) zu gewinnen, vgl. Walther krit. VJSchr. II S. 322 fg. und XI S. 289 fg., Merkel kriminalistische Abhandlungen Nr. I (1867), Binding die Normen und ihre Uebertretung (1872) S. 142 fg. und die von diesem Schriftsteller Citirten.

[3a] Beispiele: I §. 169a Note 4 Num. 4, I §. 196 Note 7, II §. 263 Num. 2. b.

Unerlaubt kann nicht bloß ein Thun, sondern auch ein Unterlassen sein.

Unerlaubt ist ein Verhalten entweder schon durch seinen Erfolg an sich[4], oder es muß hinzukommen, daß dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann, daß ihn eine Schuld trifft[5]. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen des eingetretenen Erfolges, die Arglist[6], bald auch der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche der eingetretene Erfolg hätte vermieden werden können, die Nachlässigkeit[7]. Der Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Nachlässigkeit verdient oder nicht, ist der eines ordentlichen Mannes; als Nachlässigkeit wird jedes und andererseits nur ein solches Benehmen angesehen, welches ein

---

[3b] Unerlaubt ist z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Schuldner.

[4] Z. B. die Inbesitznahme einer fremden Sache.

[5] Culpa. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: J. Chr. Hasse die Culpa des römischen Rechts (1815), 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838). Vgl. außerdem: v. Löhr Theorie der Culpa (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808). Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV. 25 (1844). Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 345 fg. (1855). Keine Beachtung verdient F. W. Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1. Band. Zur Lehre von der Culpa (1858); vgl. krit. Ueberschau VI S. 254—257 (aber auch A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 64 fg.). Die Lehre von der Schuld ist keineswegs eine bloß obligatorische, obgleich sie bei Obligationen eine besondere Ausbildung erfahren hat (s. II §. 265); für dingliche Ansprüche hat der Begriff der Schuld ganz dieselbe Bedeutung, wie für obligatorische.

[6] Dolus. Auf das Motiv des Wollens kommt es nicht an, nur scheuen die Römer da, wo dieses Motiv kein geradezu unsittliches ist, den Ausdruck dolus. L. 7 §. 7 D. de dolo 4. 3, l. 5 pr. D. de serv. corrupto 11. 3, l. 7 pr. D. dep. 16. 3, l. 8 §. 10 D. mand. 17. 1. Hasse S. 75—79, Mommsen S. 348 Note 1.

[7] Neglegentia, desidia etc. Die eigentliche technische Bezeichnung dieses Begriffs im römischen Recht ist jedoch die allgemeine: culpa, so daß dieser Ausdruck dadurch eine specielle Bedeutung gewinnt, in welcher er dem dolus entgegengesetzt wird. Dieß ist der regelmäßige Sprachgebrauch. Stellen, in denen culpa Schuld im Allgemeinen bedeutet, sind z. B. l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 3, l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol. matr. 24. 3. — In der Nachlässigkeit liegt ein Mangel an der gehörigen Geistesspannung. Dieß drückt das deutsche Wort gut aus.

ordentlicher Mann sich nicht zu Schulden kommen läßt[8]. Jedoch kommt es bei obligatorischen Verhältnissen ausnahmsweise vor, daß nur diejenige Nachlässigkeit angerechnet wird, welche die betreffende Person in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt[9]. Eine Nachlässigkeit, bei welcher zwischen eigenen und fremden Angelegenheiten unterschieden wird, hat aber noch eine andere Seite; sie schlägt in die Arglist über, und muß sich daher gefallen lassen, als Arglist rechtlich behandelt zu werden[9a]. Gleiches gilt von der Nachlässigkeit, welche über alle Grenzen geht[10].[10a] — Mangel des Bewußtseins von der Widerrechtlich-

---

[8] L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 13 §. 11. 14 D. de pign. act. 13. 7: — „venit . . et culpa . . ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". L. 11 D. de per. et comm. 18. 6 (Zeitschrift f. Civ. u. Pr. R. F. IV S. 281. VIII S. 101. IX S. 278 fg., Arndts §. 86 Anm. 1): — „si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit". L. 137 §. 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Die Ansicht, daß es auch bei Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes noch eine Nachlässigkeit gebe (s. g. culpa levissima), ist jetzt vollständig beseitigt. Vgl. Hasse §. 24—26 und S. 414, Vangerow I §. 107 Anm., Unger II S. 237—240. Zweifelnd jedoch wieder Brinz S. 594. Richtig ist, daß Jemand unter Umständen für einen widerrechtlichen Erfolg haftbar sein kann, obgleich er nicht unterhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes geblieben ist, wenn nur der Erfolg durch eine noch mehr gesteigerte Fürsorge hätte abgewendet werden können; aber dann haftet er nicht weil er nachlässig war, sondern trotz dem daß er nicht nachlässig war. Vgl. mit Baron Arch. f. civ. Pr. LII. 2 Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 326 fg., und unten II § 264 Note 9. e.

[9] L. 72 D. pro socio 17. 2. „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet". Das Nähere im Obligationenrecht (II §. 265 Num. 5).

[9a] L. 32 D. dep. 16. 3: — „etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". L. 22 §. 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Vgl. II §. 265 Nr. 3.

[10] Eine solche Nachlässigkeit heißt technisch lata culpa. L. 226 D. de V. S. 50. 16. „Magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est". L. 1 §. 1 D. si mensor 11. 6: — „lata culpa . . . dolo comparabitur". L. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7: — magnam . . . neglegentiam placuit in doli

keit des Erfolgs schließt die Arglist aus[10b]; nur kann sich Niemand auf Unkenntniß der Rechtsvorschrift berufen, welche ein Verhalten für widerrechtlich erklärt (§. 79 Note 4). Wem dagegen als Schuld schon Nachlässigkeit angerechnet wird, der macht sich auch durch nachlässige Unkenntniß der Widerrechtlichkeit des Erfolgs verantwortlich. — Alle Schuld setzt voraus, daß der Geisteszustand der betreffenden Personen es erlaubt, sie für die Folgen des Wollens und Nichtwollens verantwortlich zu machen (Zurechnungsfähigkeit). Die Zurechnungsfähigkeit wird namentlich durch Wahnsinn[11] und jugendliches Alter[12], in gleicher Weise

---

crimine cadere". L. 8 §. 3 D. de prec. 43. 26. L. 32 D. dep. 16. 3. „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur". L. 29 pr. D. mand. 17. 1: — „dissoluta neglegentia . . . prope dolum est". L. 213 §. 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt". L. 223 pr. D. eod. Mommsen S. 348—359, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 278—281. Im Gegensatz zur lata culpa heißt diejenige Nachlässigkeit, welche in die Arglist nicht überschlägt, die eigentliche Nachlässigkeit, levis culpa; vgl. II §. 265 Note 8. Daß auch die in Note 9a bezeichnete culpa in den Quellen lata culpa genannt werde, läßt sich nicht beweisen. Hasse S. 171. 195—209. Gilt die Gleichstellung der lata culpa und des dolus allgemein, oder nur bei contractlichen Verhältnissen? Für das Letztere Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. Ebenso Seuff. Arch. IX. 144. Vgl. XXVII. 91 (nur bei bestehenden Obligationen, nicht bei Eingehung solcher).

[10a] Muß nicht der Arglist auch der Fall gleichgestellt werden, wo der Handelnde, obgleich er den widerrechtlichen Erfolg seiner Handlung nicht will doch die Möglichkeit desselben einsieht? Diese Frage darf nicht bejaht werden. Ein solches Bewußtsein begründet nicht einmal nothwendigerweise culpa levis. Es kommt auf den Grad der Nähe oder Entferntheit der Möglichkeit an. Im Strafrecht pflegt man in dem bezeichneten Fall von Frevelhaftigkeit, luxuria, lascivia zu reden. Vgl. l. 11 D. de incend. 47. 9, l. 4 §. 1 D. ad leg. Corn. de sicc. 48. 8, l. 6 §. 7 D. de re mil. 50. 16. Herrmann Arch. f. Criminalr. N. F. 1856 S. 475 fg.

[10b] L. 1 §. 47 D. dep. 16. 3, l. 46 §. 7 l. 61 §. 5 D. de furt. 47. 2.

[11] L. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum". L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Vangerow III §. 571 Anm. 2. Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. VIII S. 33 fg.

aber auch durch vorübergehende Zustände von Geistesgestörtheit ausgeschlossen[13].

Eine vorzugsweise wichtige rechtliche Folge unerlaubten Verhaltens ist die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Nachtheils. Bei der Bestimmung dieses Nachtheils kann entweder auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten Rücksicht genommen, oder es kann ein objectiver Maßstab angelegt werden. Dieser Gegensatz wird durch die Ausdrücke: Interesse und wahrer Sachwerth bezeichnet[14].

## IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte*.

### A. Im Allgemeinen.

### §. 102.

Die Thatbestände (§. 67), an welche sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte anknüpfen, können ein Zeitmoment in sich schließen. Dieß ist in verschiedener Weise möglich[1].

1. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Zeitpunkte oder dem Zeitraum ab, welchem sie angehört[2].

---

[12] Die Grenze ist hier keine juristisch bestimmte; es kommt auf die geistige Ausbildung im einzelnen Fall an. Ausgegangen aber wird davon, daß nicht zurechnungsfähig das Kind, zurechnungsfähig der pubertati proximus sei. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 §. 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 15 D. dep. 16. 3 u. a. m. Savigny III S. 41—44. Seuff. Arch. XVIII. 247.

[13] Jedoch kann eine Schuld auch darin begründet sein, daß dieser Zustand nicht vermieden worden ist, so bei der Trunkenheit, c. 7 C. 15 qu. 1.

[14] Id quod interest—verum rei pretium. Auch die Lehre vom Schadensersatz gehört nicht ausschließlich in das Obligationenrecht; auch kraft eines dinglichen Anspruchs kann Schadensersatz gefordert werden. Doch empfiehlt es sich, die nähere Ausführung dieser Lehre in das Obligationenrecht zu verschieben. S. II §. 257. 258.

* Savigny IV §. 171—201, Sintenis I §. 26, Wächter II §. 117—121, Unger II §. 103—106.

§. 102. [1] Vgl. Savigny IV §. 177.

[2] Beispiele: die bonorum possessio muß binnen 100 Tagen bez. 1 Jahr erbeten, eine übertragene Vormundschaft, die man nicht anzunehmen braucht,

2. Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Maße der Zeit ab, welche nach ihr verflossen ist[3].

3. Der Abfluß der Zeit ist für sich von rechtlicher Bedeutung, indem die Dauer eines gewissen Zustandes auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirkt. Unter den hierher gehörigen Fällen ist von besonderer Wichtigkeit der der Verjährung[4].

Von der Verjährung ist im Folgenden näher zu handeln. Vorher aber sind die rechtlichen Grundsätze anzugeben, welche sich auf die Bestimmung und Berechnung der Zeit beziehen.

### B. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

### §. 103.

Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können in doppelter Weise bestimmt werden.

1. Sie können bestimmt werden durch Angabe des Kalenderpunktes, welcher dem Zeitpunkte entspricht bez. mit welchem der Zeitraum abgelaufen ist[1]. Wird dabei, wie es gewöhnlich ge-

binnen 50 Tagen abgelehnt, das erbschaftliche Inventar binnen 3 bez. 12 Monaten errichtet, der vertragsmäßig gestattete Rücktritt von einem Rechtsgeschäft binnen der durch den Vertrag festgesetzten Frist erklärt werden — sonst sind Erbetung, Ablehnung, Inventarerrichtung, Rücktrittserklärung rechtlich gleichgültige Handlungen. Schutz im Besitze einer Wegegerechtigkeit wird gewährt auf Grund 30maliger Ausübung im letzten Jahre; die Thatsache, daß eine beschädigte Sache im letzten Jahre bez. Monate einen gewissen Werth gehabt hat, berechtigt nach der lex Aquilia zur Einforderung dieses Werthes; die Geburt gibt dem Kinde einen Vater, wenn sie nicht früher als 182 Tage nach Eingehung, und nicht später als 10 Monate nach Auflösung der Ehe erfolgt.

[3] Beispiele: das unter einer Befristung verliehene Recht entsteht erst mit Ablauf der Frist; das Urtheil wirkt Execution erst nach Ablauf von 30 Tagen, Urtheilszinsen nach Ablauf von 4 Monaten.

[4] Sonstige Beispiele: die Wirkung der Rechtsgeschäfte hängt wesentlich ab von dem Alter des Handelnden (der Thasache, daß seit seiner Geburt so und so viele Zeit verflossen ist); die exceptio non numeratae pecuniae wird verloren durch den Ablauf von 2 Jahren nach Abschluß des Rechtsgeschäfts; nach älterem römischen Recht hörte durch den Ablauf der gleichen Zeit die Verpflichtung des sponsor und des fidepromissor auf; in gewissen Fällen zieht eine durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unthätigkeit den Verlust eines Rechts nach sich, so die fortgesetzte Säumniß in der Errichtung des Canon oder des Mieth- oder Pachtgeldes den Verlust der Emphyteuse, des Mieth- oder Pachtrechts.

[1] Z. B. Jemand verspricht zu leisten am 1. Juli 1862; ein Contrahent behält sich vor, daß er bis zum 1. Juli 1862 vom Vertrage zurücktreten könne. §. 103.

schieht, nur der betreffende Kalendertag genannt, nicht aber auch Stunde, Minute ꝛc. ꝛc., so ist, wenn es sich um einen Zeitpunkt handelt, zu sagen, daß jeder Punkt dieses Tages der Bestimmung Genüge leiste[2]; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist als Sinn der Zeitbestimmung im Zweifel anzunehmen, daß der Zeitraum nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages abgelaufen sein solle[3], möglicherweise freilich kann ihr Sinn auch der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen, also mit dem Schluß des vorhergehenden enden solle.

2. Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können aber auch bestimmt werden durch Angabe der Erstreckung der Zeit, welche von einem gewissen Ausgangspunkte verfließen muß, damit der Zeitpunkt erreicht, der Zeitraum erfüllt sei[4]. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Regeln.

a. Ist die angegeben Zeiterstreckung in Tagen oder Complexen von Tagen (lit c. d), ausgedrückt, so sind unter Tagen nicht bewegliche, sondern Kalendertage zu verstehen, d. h. nicht Zeiträume von vier und zwanzig Stunden, begrenzt durch den Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit (den Moment der Geburt, des Vertragsschlusses ꝛc. ꝛc.) und die entsprechenden Momente der je folgenden Tage (natürliche Berechnung), sondern Zeiträume von Mitternacht zu Mitternacht[5] (juristische Berechnung)[6]. Diese

---

[2] Wer am 1. Juli 1862 zu leisten versprochen hat, erfüllt durch Leistung in jedem Augenblick des 1. Juli seine Verpflichtung. L. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 186 D. de R. I. 50. 17, §. 2 I. de V. O. 3. 15, §. 26 I. de inutil. stip. 3. 19; l. 118 §. 1 D. de V. O. Seuff. Arch. I. 44, IV. 108. Blätt. f. Rechtsanwend. zunächst in Bayern XXXIV S. 369 fg.

[3] Ist ein Nießbrauch „bis zum 31. December 1862" bestellt, so ist das im Zweifel auszulegen: bis zum 31. December einschließlich. Ebenso wurde bei den Römern die Präposition intra interpretirt. „Intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt", l. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9. S. auch l. 48 D. de cond. 35. 1, l. 5 C. quaudo dies 6. 43.

[4] Z. B. Jemand verspricht zu leisten „in 4 Wochen"; das erbschaftliche Inventar soll binnen drei Monaten nach erlangter Kenntniß von der Delation errichtet werden; Jemand wird großjährig mit Ablauf des 25. Jahres nach seiner Geburt.

[5] Die Mitternacht ist die Grenze der Kalendertage bei uns, wie bei den Römern. L. 8 D. de feriis 2. 12. Savigny IV S. 326, Hölder (Note 10) S. 44 fg.

Regel beruht zwar zunächst nur auf der Auslegung des Willens des Bestimmenden; sie hat aber für die im römischen Rechte geordneten und die heutigen processualischen Fristen bindende Kraft erhalten, für jene durch das römische Recht selbst[7], für diese durch eine feststehende Praxis[8] — und muß auch was die heutzutage anderweitig, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatfestsetzung, bestimmten Fristen angeht, so lange festgehalten werden, als im gegebenen Fall nicht entscheidende Gründe dafür sprechen, daß das Gegentheil gewollt sei[9]. Dabei ergeben sich aber noch folgende Fragen[10]. 1) Welcher Tag ist als der erste

---

[6] „Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus", l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6 D. de usurp. 41. 3, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. Die Römer nennen das: civiliter computare, l. 134 cit. Der Ausdruck naturaliter computare, naturalis computatio kommt in den Quellen nicht vor, ist aber dem Sprachgebrauch derselben vollkommen entsprechend. Vgl. §. 148 Note 12. Hölder a. a. O. S. 131 fg.

[7] Principiell wird diese Regel zwar nirgends ausgesprochen, aber es wird in einer Reihe von Stellen nach derselben verfahren. L. 5 D. qui test. 28. 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 D. de V. S. 50. 16. Nur in einem einzigen Falle wird ausnahmsweise die natürliche Berechnung zur Anwendung gebracht. L. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. „Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur". Daß dieß eine Ausnahme sei, wird heutzutage allgemein anerkannt (s. jedoch Holzschuher I §. 43 Nr. 5), während ältere Schriftsteller umgekehrt die natürliche Berechnung als die Regel ansahen, vgl. Glück III S. 750 fg., v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XI S. 424, Hölder a. a. O. S. 131. Seuff. Arch. XXVII. 4.

[8] Nur die zehntägige Appellationsfrist berechnet die Praxis von dem Momente der Urtheilspublication bis zu dem entsprechenden Moment des 10. Tages. In Nov. 23 c. 1, auf welche Stelle es gestützt wird, findet dieß keine Rechtfertigung.

[9] Die Rechnung von Moment zu Moment setzt voraus, daß der Moment des die Frist in Bewegung setzenden Ereignisses (Geburt, Vertragsschluß 2c. 2c.) sowohl unzweifelhaft feststehe, als auch mit Sicherheit im Gedächtniß festgehalten werde. Daher ist sie äußerst beschwerlich, und schon deßwegen ist ohne besondere Gründe nicht anzunehmen, daß sie gewollt sei. Vgl. Unger §. 106 Anm. 4a—6.

[10] Dieselben haben eine sehr reichhaltige Literatur. Die ältere s. bei Vangerow I §. 196, Hölder (s. unt.) S. 4 fg. Aus der neueren Zeit sind außer Vangerow selbst a. a. O. hauptsächlich zu nennen: Savigny IV

zu rechnen, derjenige, in welchen der Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit fällt, oder der folgende? Es ist anzunehmen, daß das römische Recht die von ihm geordneten Fristen in der ersten Art rechnet[11], so daß also der letzte Tag eines einjährigen Zeitraumes, welcher am 1. Januar begonnen hat, der 31. December desselben Jahres ist, und nicht der 1. Januar des folgenden[12]. Für die processualischen Fristen ist das Gegentheil durch eine constante Praxis anerkannt[13]. Für die sonst heutzutage fest-

---

§. 182 fg. Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII 2. 11 (1843). Huschke das. N. F. II S. 166 fg. (1846). Krüger D. de temporum computatione Romanorum. (1861; Nachtrag in dessen kritischen Versuchen S. 59—66 [1870]). Hölder die Theorie, der Zeitberechnung nach röm. R. (1873).

[11] S. die folgende Note. Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. Bachofen Zeitschr f. Civ. u. Pr. XVIII S. 47 fg., gegen Savigny IV S. 361. 362 und Beil. XI.

[12] Die Frage ist äußerst streitig, und namentlich hat Savigny IV §. 182 fg., nach dem Vorgang Aelterer, auszuführen gesucht, daß als letzter Tag derjenige anzusehen sei, in welchen der mathematische Endpunkt der Frist fällt, also in dem im Texte genannten Beispiel der 1. Januar des folgenden Jahres. Savigny gelangt jedoch zu diesem Resultat nicht dadurch, daß er den ersten Kalendertag außer Ansatz läßt, sondern dadurch, daß er die Frist in ihrem Laufe gar nicht nach Kalendertagen, sondern nach beweglichen Tagen rechnet, und nur den letzten beweglichen Tag nicht in seinem mathematische Endpunkt schließen läßt, sondern den Kalendertag, in welchen dieser mathematischen Endpunkt fällt, als untheilbares Ganze ansieht. Gegen Savigny und für die im Texte bezeichnete Rechnung haben sich fast alle Neueren erklärt (über l. 8 D. de feriis 2. 12 s. Bachofen a. a. O. S. 42 Note 1), vgl. jedoch Sintenis I S. 228 fg., Holzschuher I §. 43 Nr. 2. 3. Die Quellen gewähren ein vollkommen unzweifelhaftes Resultat nicht. L. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 30 §. 1 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. S. 50. 16, l. 1 §. 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 beweisen für den 31. December nur, wenn man annimmt, daß sie den ersten Tag mit rechnen, was eben die Frage ist und von Savigny geleugnet wird. Gar nichts entnehmen läßt sich aus l. 6 D. de O. et A. 44. 7, die keine Andeutung darüber enthält, welcher Tag der dies novissimus oder extremus sei — nichts Entscheidendes aus l. 1 D. de manum. 40. 1, in welcher „post sextam noctis pridie kalendas" sowohl bedeuten kann: nach Mitternacht des 31. December, als: nach Mitternacht am 31. December. Eher für den 1. Januar spricht l. 7 D. de usurp. 41. 3, in welcher „pridie kalendas Ianuarias" kaum anders als genitivisch gefaßt werden kann, wegen des unmittelbar vorhergehenden „kalendarum Ianuariarum". Doch bleibt hier die Erklärung übrig, daß nicht sowohl der Anbruch des 1. Januar, als vielmehr der vollständige Ablauf des 31. December verlangt sei (s. Note 15), und dieselbe

gesetzten Fristen ist es mißlich, eine allgemeine Regel aufzustellen; es muß im einzelnen Falle der Wille des Bestimmenden nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt werden[14]. 2) Welches ist der Schlußpunkt der zu berechnenden Zeiterstreckung, der Anfangs- oder der Endpunkt des letzten Tages? Im Zweifel ist für das Letztere zu unterscheiden; man wird nicht sagen dürfen, daß eine Zeiterstreckung vollendet sei, so lange noch ein Moment eines

---

Erklärung läßt sich auf Gell. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis") anwenden. L. 101 D. de R. I. 50. 17 würde für den 1. Januar beweisen (obgleich auch sie den Anfangstag, wenn nicht mit rechnet, jedenfalls mit zählt), wenn es feststünde, daß sie den Monat zu 30 Tagen rechnet (vgl. Note 20). Für den 31. December legt ein nicht unbedeutendes Gewicht in die Wagschale l. 1 §. 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4, wenn man das „statim" des §. 7 i. f. daselbst beachtet, ferner l. 142 pr. D. de V. S. 50. 16 wegen der Verweisung auf die römische Monatszählung, welche den zweiten Tag vor den Kalenden rc. mit der Zahl 3 bezeichnet. Endlich l. 5 D. qui test. 28. 1 kann ohne den äußersten Zwang nicht anders als auf den 31. December gedeutet werden. — Keller §. 73 gibt zwar für das römische Recht den 1. Januar auf, nicht aber für das heutige.

[13] Linde Civilproceß §. 174, Bayer Vorträge S. 475, Wetzell Civilproceß §. 68 Note 76.

[14] Unger (II S. 198) ist der Ansicht, daß bei heutzutage durch Rechtsgeschäft festgesetzten Fristen im Zweifel der erste Tag nicht mit gerechnet werden dürfe; es leuchtet nicht ein, warum es dann bei gesetzlichen Fristen anders gehalten werden soll. Wächter (II S. 828. 829) will die Nichtanrechung des Anfangstages als die „deutsche" Art des Berechnung „bei besonderen Instituten des deutschen und unseres Particularrechts und bei vertragsmäßigen, testamentarischen und richterlichen Fristen" angewendet wissen. So entschied auch bei einer vertragsmäßigen Frist das Erkenntniß bei Seuff. Arch. X. 25. Vgl. WO. Art 32: — „Bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt, oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mit gerechnet". HGB. Art. 328 Nr. 1: — „bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mit gerechnet". Das Erkenntniß des Reichsoberhandelsgerichts vom 7. Nov. 1871 bei Seuff. Arch. XXVI. 259 steht in diesen gesetzlichen Bestimmungen die Anerkennung eines Principes für das gesammte Gebiet des Handels- und Wechselrechtes. — Wird von Datum zu Datum gerechnet (Note 23), so ist dadurch die Frage erledigt.

zu ihr gehörigen Tages nicht verflossen ist. Nur aus besonderen Gründen wird angenommen werden dürfen, daß zur Vollendung eines Zeitraums im Sinne der Zeitbestimmung der Anbruch des letzten Tages genüge. Das römische Recht hat dieß für einzelne Fälle anerkannt[15]; daraus eine allgemeine Regel zu bilden, erscheint bedenklich[16].

b. Fällt in die zu berechnende Zahl von Tagen ein Schalttag, so darf derselbe bei den gesetzlichen Fristen des römischen Rechts nicht mit gerechnet werden. Denn der römische Kalender zählt den Schalttag als besonderen Tag nicht, sondern führt ihn als Zusatz zu seinem Nebentage auf[17], und auf diese Eigenthüm-

---

[15] Für das Alter des anniculus (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), für das zur Freilassung und zur Errichtung eines Testamentes befähigende Alter (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), endlich in l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3 für die Ersitzungszeit, während in l. 7 D. de usurp. 41. 3 wahrscheinlich der Ablauf des letzten Tages verlangt wird. (Gell. Noct. Att. III. 2 [Note 12] sagt, wenigstens unmittelbar, nicht, daß die Ersitzung der Manus, sondern daß das erste Ehejahr sich mit dem Ablauf des letzten Tages ende.) Vgl. noch l. 49 D. de cond. 35. 1.

[16] Savigny (IV S. 410 fg.) hat die Regel aufgestellt, der Anbruch des letzten Tages genüge in allen Fällen, in denen es sich um den Erwerb eines Rechts handele, während der Ablauf erforderlich sei, wenn durch Unthätigkeit während einer gewissen Zeit ein Recht verloren werde (vgl. l. 6 D. de O. et A. 44. 7), und viele Neuere sind ihm darin gefolgt. S. dagegen namentlich Bachofen a. a. O. 64 fg. 335 fg., auch Wächter II §. 121 Note 20, Unger II S. 300. 301, ferner Krüger und Hölder a. a. OO. Hölder will die Entscheidung darauf gestellt wissen, ob der Termin Anfangs- oder Endtermin ist. Die ältere Doctrin sah gerade darin das Wesen der civilis computatio, daß „dies ultimus coeptus pro completo habetur". Vgl. Unger II §. 106 Note 8.

[17] L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. Der Tag, zu welchem der Schalttag hinzugefügt wird, ist der 24 Februar, nach römischer Bezeichnung; a. d. VI. kalendas Martias, weßwegen der Schalttag ebenfalls als a. d. VI. kalendas Martias aufgeführt wird, und davon bisextum heißt. (Wenn bisextum in l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4 zur Bezeichnung des Doppeltages gebraucht wird, welchen der Schalttag mit seinem Nebentag bildet, so steht diese Ausdrucksweise ganz vereinzelt da. Th. Mommsen Jahrb. d. gem. R. III S. 358—363.) Wird aber der Schalttag vor den 24. Februar vorgeschoben, oder an den 24. Februar angehängt? Jenes ist die herrschende Meinung, vgl. namentlich Arndts Jahrb. d. gem. R. III. 10. Dawider, was den Kalender der Kaiserzeit angeht, mit gewichtigen Gründen Th. Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. der zweit. Ausg. u. Jahrb. des

lichkeit des römischen Kalenders nimmt das römische Recht bei gesetzlichen Fristen Rücksicht, so daß eine jede solche Frist sich durch den Schalttag um einen Tag verlängert[18], während es bei Fristen, welche durch Privatfestsetzung bestimmt sind, als das Wahrscheinliche annimmt, daß der Bestimmende den Schalttag als besonderen Tag gezählt wissen wolle[18a]. Bei den heutzutage, gleichviel ob durch Privatbestimmung, richterliche Verfügung oder Gesetz, festgesetzten Fristen ist dieses Letztere, da unserem Kalender jene römische Einrichtung durchaus unbekannt ist, unbedingt als gewollt anzunehmen[19].

c. Ist die zu berechnende Zeiterstreckung in Monaten ausgedrückt, so sind unter Monaten, wenn es sich um eine gesetzliche Frist des römischen Rechts handelt, Complexe von 30 Tagen zu verstehen[20]; so jedoch, daß dabei nach dem zuvor Gesagten der Schalt-

gem. R. III. 14, gegen dessen Ausführungen wieder Arndts gesammelte civil. Schriften I S. 49 fg. In unserem heutigen Kalender wird der Schalttag unzweifelhaft vorgeschoben, und ist daher der 24. und nicht der 25. Februar, da der Mathiastag, welcher in einem Gemeinjahre auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar rückt. Ganz verkehrt ist die Meinung, daß der Schalttag der 29. Februar sei. Vgl. namentlich Savigny IV S. 457 fg., Vangerow I §. 197 Anm. Nr. I. II.

[18] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[18a] L. 2 cit. i. f. (wo zu lesen ist: „*sed et* si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus XXX pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori? Mihi contra videtur"). Savigny IV §. 193.

[19] Auf die gesetzlichen Fristen des römischen Rechts darf diese Berechnungsweise nicht erstreckt werden, weil die römischen Rechtsvorschriften in ihrem Sinne auszulegen sind; sie verstanden aber unter Tagen die Tage des römischen Kalender. So auch die gemeine Meinung; dawider Unger II §. 106 Note 37. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. Savigny IV S. 476 fg.

[20] Daß das römische Recht unter Monaten Zeiträume von 30 Tagen verstehe, ist die herrschende Meinung. Sie stützt sich auf l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 4 §. 1 l. 11 §. 6 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5 vgl. mit l. 29 §. 5 eod. und l. 1 §. 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 §. 2 C. de iure del. 6. 30 vgl. mit §. 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul. sent. IV. 9 §. 2 vgl. mit Censor. de die nat. c. 9. Damit ist allerdings schwer zu vereinigen l. 101 D. de R. I. 50. 17, in welcher als letzter Tag einer zweimonatlichen Frist der 61. bezeichnet wird (über Emendationen, durch welche man zu helfen gesucht hat, s. Reinfelder der annus civilis S. 149 fg., Huschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. II S. 166—180). Nicht widerspricht l. 2 C. de temp.

tag unberücksichtigt bleibt[21]. Dagegen verdient für die heutzutage[22], durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatbestimmung, festgesetzten Fristen die Rechnung von Datum zu Datum als die wahrscheinlich gewollte den Vorzug[23].

---

et rep. app. 7. 63; hier wird nicht der Monat zu 31 Tagen gerechnet, sondern es wird nach Ablauf eines jeden Monats ein Tag zugegeben. Noch weniger widerspricht l. 7 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, oder gar l. 3 §. 12 D. de suis 38. 16 in Verbindung mit l. 12 D. de. statu hom. 1. 5. Savigny IV S. 339. 340. — Die herrschende Meinung ist in der neueren Zeit namentlich von Reinfelder der annus civilis (1829) S. 116 fg. und Savigny IV §. 181 vertheidigt worden, s. auch Vangerow I §. 194 Anm. Andere Meinungen sind aufgestellt worden von Schrader civil. Abhandlungen Nr. 3 (er geht davon aus, der Monat werde von den Römern als $1/12$ von 365 Tagen gerechnet) und Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII S. 353 fg. (1843), der in den Quellen bereits die Rechnung von Datum zu Datum findet (Note 23), mit Ausnahme jedoch der Bestimmung, daß eine zweimonatliche Frist zu 61 Tagen gerechnet worden sei. Er hat Eindruck gemacht auf Wächter II §. 121 Note 6, Unger II §. 105 Note 11; dawider Hölder S. 34.

[21] Vgl. l. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[22] Für processualische Fristen kommt jedoch noch R. G. O. II. 30 §. 4 in Betracht. („Und sollen in obgemelten Fällen je für einen Monat dreißig Tag gerechnet werden".) Und vergleiche überhaupt „Artikuln der teutschen Knechte" von 1570 bei Emminghaus Corp. Iur. Germ. S. 382. 383 der 2. Ausg. („dreißig Tag vor ein Monat, . . wie dann der Gebrauch ist").

[23] Wer „heute über 3 Monate" verspricht, von dem ist im Zweifel anzunehmen, daß er, wenn „heute" der 13. April 1862 ist, für den 13. Juli 1862 habe versprechen wollen. Dafür namentlich Savigny IV S. 341 fg., Wächter II S. 824. 825; dawider (ohne Angabe von Gründen) Vangerow I §. 194 Anm. a. E. Das Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom 27. April 1865 bei Seuff. Arch. XIX. 119 geht davon aus, daß bei vertragsmäßigen Fristen in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte weder die eine noch die andere Art der Berechnung als wahrscheinlich gewollt angenommen werden dürfe. Dagegen WO. Art 32. „Bei Wechseln . . tritt die Verfallzeit ein: . . wenn die Frist nach . . Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen Tage . . des Zahlungsmonates, der durch seine . . Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht". Ebenso HGB. Art 328 Nr. 2. A. L. R. II. 8 §. 855. Code de commerce art. 132. Ueber das oesterreichische Gesetzbuch s. Unger II S. 289. 290. — Fehlt in dem letzten Monate der dem Anfangstage entsprechende Tag, so muß man die Frist mit dem letzten Tage desselben ablaufen lassen; eine Monatsfrist, welche am 31. Januar beginnt, endet am 28. bez. 29. Februar. Vgl. WO. und HGB. a. a. OO., A. L. R. II. 8 §. 856.

d. Das Jahr ist in römischen gesetzlichen Fristen als Zeitraum von 365 Tagen zu rechnen[24], wieder mit Außerachtlassung des Schalttags[25]. Für heutige Fristen gilt das Nämliche, was vorher in Betreff der Monate gesagt worden ist.

## §. 104.

Eine besondere Art der Berechnung eines Zeitraumes kommt da vor, wo an eine Unthätigkeit, welche durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt wird, ein Verlust angeknüpft ist. Sie besteht darin, daß in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet werden, sondern nur diejenigen, an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen[1]. Es gelten dafür folgende nähere Regeln.

1. Diese Art der Berechnung bildet eine Ausnahme, und darf nur da zur Anwendung gebracht werden, wo sie vom Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Von den Fällen, in welchen sie vom römischen Rechte anerkannt ist[2], ist für uns praktisch nur noch der Fall der einjährigen und kürzeren Anspruchsverjährung (§. 110)[3].

---

[24] L. 51 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 4 §. 5 D. de statulib. 40. 7, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16.

[25] L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[1] Der technische Ausdruck der Quellen für diese Art der Berechnung ist: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur; den Gegensatz bildet: tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, §. 16 I. de excus. 1. 25. Ebenso bei der Zusammenfassung der Tage zu Monaten und Jahren, l. 19 §. 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Entsprechende deutsche Ausdrücke sind: taugliche — laufende Zeit, Tage &c. &c. — Elvers Themis I S. 125—184 will unter utilis annus das Amtsjahr des betreffenden Praetors verstanden wissen. Dagegen Savigny IV S. 451—453, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 1. §. 104.

[2] Das römische Recht erkennt sie nur an: 1) bei Fristen, die auf Rechtsvorschrift beruhen; 2) bei Fristen von höchstens Einem Jahre; 3) bei Fristen, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll; aber 4) auch nicht in allen Fällen, in welchen diese Merkmale zusammentreffen. Savigny S. 424 fg.

[3] S. außerdem l. 2 pr. D. quis ordo 38. 15, l. 11 §. 5. 6 l. 29 §. 5 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 §. 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53, l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

2. Rücksicht genommen[4] wird auf jede Verhinderung, welche ihren Grund in einer äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden[5] Thatsache[6], oder auch in einem entschuldbaren Irrthum des Versäumenden[7] hat.

## C. Die Verjährung*.

### 1. Im Allgemeinen.

§. 105.

Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als aufgehoben werden. Man versteht darunter, daß sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, daß der thatsächliche Zustand ihrer

---

[4] L. 2 D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[5] Für dauernde Zustände der Verhinderung, Unmündigkeit, Wahnsinn x. ist in anderer Weise gesorgt. Savigny IV S. 436—440.

[6] Bei den Römern kam namentlich in Betracht die Unzugänglichkeit des Richters, welche bei uns in demselben Maße nicht mehr besteht. Außerdem werden genannt: Kriegsgefangenschaft Abwesenheit im Staatsdienst, Gefängniß, Krankheit, Unwetter, durch welches die Reise aufgehalten wird, Unerreichbarkeit des Gegners. Savigny S. 428—433.

[7] Letzteres leugnet Savigny (IV S. 433—436. III S. 403—417), indem er jedoch zugibt, daß der Versäumende sich dann auf den Irrthum berufen dürfe, wenn er beweisen könne, daß derselbe besonders schwer zu entdecken gewesen sei. Aber diese Beschränkung geht aus l. 15 §. 4. 5 D. quod vi 43. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C de dolo 2. 21 nicht hervor, und daß in l. 2 D. si quis ordo 38. 15, wie Savigny behauptet, der Irrthum nur wegen ausdrücklicher Rechtsvorschrift in Betracht gezogen werde, ist unerweislich. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 §. 14 l. 10 §. 18 D. quae in fr. cr. 42. 8, l. 29 §. 5 D. ad leg. Iul. de ad. 48. 5 und l. 1 §. 10 D. ad SC. Turp. 48. 16 aber, auf welche Stellen sich Savigny noch beruft, wollen nur den Anfangspunkt der Frist im Allgemeinen fixiren, keineswegs aber sagen, daß derselbe nicht durch Irrthum verrückt werden könne. Vgl. auch Wächter II §. 121 Note 14. Blätter f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31. u. 32. Bd. S. 411—414 (Seuff. Arch. XXIV. 5). — Die Berücksichtigung des Irrthums kann aber auch stattfinden, ohne daß utile tempus gerechnet wird, z. B. §. 16 I. de excus. 1. 25. Früher nannte man das: tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Darüber, wie über das s. g. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus s. Savigny IV S. 446—453.

* Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. 1. Aufl. 1828. 2. Aufl., neu bearbeitet von Schirmer, 1858.

Ausübung oder Nichtausübung eine längere Zeit hindurch bestanden hat. Dieser thatsächliche Zustand verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren[1].

Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt[2], erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloß auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deßwegen, weil es bestanden hat, als ein Festes Unumstößliches; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden[3]. Dazu kommt, daß die Zustände, welchen die Verjährung den Stempel der Rechtsmäßigkeit aufdrückt, nicht nothwendigerweise unrechtmäßige waren. Vielleicht bestand das ausgeübte Recht wirklich, und das nicht ausgeübte war in der That nicht vorhanden; ja es spricht dafür eine gewisse Wahr-

---

[1] Die Römer haben für das, was wir Verjährung nennen, eine entsprechende Bezeichnung nicht. Der von den Neueren gebrauchte Ausdruck praescriptio bezeichnet in der römischen Rechtssprache (eine besondere Art der) Einrede, und so denn auch die Einrede der Verjährung, temporis oder temporalis praescriptio. Aber schon (vgl. übrigens auch Fitting Zeitschr. f. RGesch. X S. 337. XI S. 436) die Glossatoren, und nach ihnen das canonische Recht, verstehen unter praescriptio Verjährung geradezu. Die beiden möglichen Richtungen der Verjährung werden dann bezeichnet als praescriptio acquisitiva und praescriptio exstinctiva. Letztere Ausdrücke übersetzt man gewöhnlich durch: erwerbende — erlöschende Verjährung. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Uebersetzung schlecht ist; dann noch lieber, wie Andere sagen: Acquisitiv- und Exstinctiv-Verjährung. Ich werde, wo eine Bezeichnung des Gegensatzes nöthig ist, die Ausdrücke: begründende Verjährung oder auch: Erwerbsverjährung — aufhebende Verjährung gebrauchen. Insofern die erstere Besitz voraussetzt, wird sie passend Ersitzung genannt. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der römische Ausdruck usucapio. §. 105.

[2] Vgl. zu dem Folgenden Savigny IV S. 305—308. V S. 267—272, Wächter II S. 804.

[3] L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent". L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: — „ut aliquis litium finis esset". L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3: — „vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa". Justinian drückt das in seiner Art so aus: „ne possessores . . . prope immortali timore teneantur", l. 7 pr. C. de praescr. XXX 7. 39. Vgl. Cic. pro Caecina c. 26: „usucapio . . hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium . .".

scheinlichkeit: denn würde sonst der Gegner den bestehenden Zustand so lange unangefochten gelassen haben? Ist dieß aber auch nicht der Fall, verwandelt wirklich die Verjährung die nackte, unrechtmäßige Thatsache in Recht, so erleidet jedenfalls derjenige, welchem die Verjährung etwas nimmt, seinen Verlust nicht unbilligerweise; denn er hätte ihn durch Unterbrechung des bestehenden Zustandes abwehren können, während längerer Zeit abwehren können; da er das nicht gethan hat, mag er die Folgen tragen[4].

Es wird denn auch nicht leicht ein positives Recht der Verjährung die Anerkennung ganz versagen; die Grenzen ihrer Anerkennung können verschieden gezogen werden.

Das römische Recht hat die Verjährung nicht bei allen Rechten anerkannt. Es ist weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß die Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben, und durch fortgesetzte Nichtausübung verloren werden. Nur bei bestimmten Rechten hat es das Eine oder das Andere oder Beides anerkannt[5]; die Verjährung muß für jedes Recht, auf welches sie angewendet werden soll, besonders nachgewiesen werden. Eben deßwegen gibt es im römischen Rechte keine allgemeine Theorie der Verjährung; es gibt nur Grundsätze für die einzelnen Anwendungen der Verjährung[6].

---

[4] Die in der vorigen Note citirte l. 1 D. de usurp. 41. 3 fährt fort: „cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium". Vgl. l. 2 C. de ann. exc. 7. 40: — „ut . . sit aliqua inter desides et vigilantes differentia"; l. 3 eod.: — „contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt".

[5] Die begründende Verjährung hat das römische Recht anerkannt namentlich bei dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten, die aufhebende bei den Dienstbarkeiten und bei den Ansprüchen. Ueber die Anwendung der Verjährung auf die übrigen dinglichen Rechte s. unten bei diesen. Keine Anwendung findet die Verjährung auf die Obligationen, insoweit dieselben nicht durch die Verjährung der Ansprüche berührt werden, und auf die Familienrechte.

[6] Dieß hat die ältere Theorie vielfach verkannt, und die Reaction dagegen ist nicht ausgeblieben; vgl. namentlich Savigny IV §. 178. Aber von der anderen Seite ist es auch zu weit gegangen, wenn man nun den Begriff der Verjährung am liebsten aus der Rechtstheorie ganz ausweisen möchte. Man sollte das schon deßwegen nicht thun, weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindrängen wird — wenn er nicht geregelt wird, ungeregelt. Allerdings ist es, wenn auch nicht für die Verjährung überhaupt, doch für die aufhebende Verjährung wahr, daß ihre

Hiernach könnte es scheinen, als dürfte an diesem Orte, im allgemeinen Theil des Systems, von der Verjährung des Weiteren nicht die Rede sein. Daß dem nicht so ist, hat einen doppelten Grund.

1. Nach römischem Rechte gehen zwar nicht die Rechte überhaupt, wohl aber die Ansprüche überhaupt durch die Fortdauer ihrer Nichtausübung unter; der Begriff des Anspruchs aber ist in gleicher Weise, wie der des Rechts, ein allgemeiner (§. 43).

2. Im neueren Rechte hat sich eine besondere Anwendung der Verjährung ausgebildet, welche sich allerdings auf die Rechte überhaupt bezieht, die s. g. unvordenkliche Verjährung[7].

---

Grenzen sich leicht verwischen. Es ist sehr richtig, wenn man sagt: Verjährung liegt nur da vor, wo ein Recht verloren wird auf Grund seiner Nichtausübung während einer gewissen Zeit, nicht da, wo ein Recht mit Ablauf einer gewissen Zeit deßwegen verloren wird, weil die Rechtsordnung ihm aus anderen Gründen von vorne herein nur eine gewisse Zeitdauer zugestanden hat, wie es sich z. B. mit dem Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers nach dem Pfandzuschlag verhält (§. 238 Note 5), oder mit dem Rechte gegen den sponsor und fidepromissor nach der lex Furia (Gai. III. 121), vgl. namentlich Demelius Untersuchungen aus dem Civilrecht S. 3—7, Unger II S. 275—277, Seuff. Arch. XXVII. 3, — und man wird nicht in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit erkennen können, ob eine rechtliche Bestimmung dieser letzteren Art oder eine wirkliche Verjährungsbestimmung vorliegt, oder auch nur behaupten dürfen, daß eine rechtliche Bestimmung im Sinne ihres Urhebers immer ausschließlich die eine oder die andere Natur haben müsse. Also ist es wahr, daß man sich mit dem Verjährungsbegriff auf einen abschüssigen Boden begibt, und die ältere Theorie zeigt, bis wohin man auf demselben gelangen kann. Sprach man doch sogar vom Verlust eines Rechts durch „momentanea praescriptio", womit man den Fall meinte, wo ein Recht nur in einem gegebenen Augenblick ausgeübt werden kann, wie z. B. das Recht der Nothwehr im Augenblick des Angriffs, und man diesen Moment vorübergehen läßt — wogegen denn freilich schon *Rave* de praescriptionibus p. 8 sich erklärt. Vgl. über diese älteren Auffassungen namentlich die Nachweisungen bei Unger II §. 104 z. A. Vor diesem Abwege soll man warnen, und man mag hinzufügen, daß der allgemeine Begriff der Verjährung eben wegen dieser Leichtigkeit des Ueberschlagens in andere Begriffe nicht fähig ist, zur Grundlage einer juristischen Theorie zu werden, jedenfalls soll man mit Nachdruck hervorheben, daß er es im römischen Rechte nicht geworden ist: aber das Alles thut dem keinen Eintrag, daß es einen Begriff der Verjährung wirklich gibt, und die juristische Theorie wird nicht zur Aufklärung beitragen, wenn sie denselben ignorirt.

[7] Praescriptio immemorialis, auch indefinita, im Gegensatze der praescriptio definita.

Von der Verjährung der Ansprüche und von der unvordenklichen Verjährung muß also hier näher gehandelt werden.

## 2. Die Verjährung der Ansprüche*.

### Einleitung.

### §. 106.

Ansprüche gehen dadurch verloren, daß sie, obgleich ihnen der thatsächliche Zustand nicht entspricht, eine längere Zeit hindurch unausgeübt bleiben. Jedoch sind hiermit die Bedingungen der Anspruchsverjährung nur ganz im Allgemeinen bezeichnet; das Nähere wird in den §§. 107—111 vorgetragen werden.

Wie die Römer den Anspruch überhaupt als Klagerecht, actio, auffassen (§. 44), so erscheint ihnen auch die Verjährung der Ansprüche als Verjährung der Klagerechte, actiones. Demgemäß ist es auch heutzutage durchaus gebräuchlich, statt von der Verjährung der Ansprüche, von der Verjährung der Klagen zu handeln. Man gibt damit den Ausdruck der Römer wieder, aber nicht die Sache[1]. —

---

* Reinhardt die usucapio und praescriptio des röm. R. (1832) S. 232 fg. Kierulff S. 189—216, Savigny V §. 237—252, Sintenis I §. 31, Wächter II §. 118. 119, Unger II §. 119—122. — Das bei § 105 citirte Werk von Unterholzner behandelt diese Lehre nicht an einem und demselben Orte; s. aber namentlich II §. 252 fg.

§. 106. [1] Wenn die Römer von zeitlicher Beschränkung der actio sprechen, so wollen sie nicht das specifische Moment der Klagebefugniß, das Moment der Befugniß das Gericht anzurufen, im Gegensatz zur Berechtigung an sich hervorheben, sondern sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen; gerichtliche Verfolgbarkeit ist ihnen der Ausdruck für Berechtigung. Wenn wir heutzutage von Verjährung der „Klagen" reden, so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem specifischen Moment der Klagebefugniß Consequenzen abzuleiten, welche sehr unrömisch sind. — Einzelne Schriftsteller haben das auch richtig erkannt. Linde (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II S. 153) spricht von Verjährung der „Rechte", was freilich zu weit ist, da mit diesem Ausdruck auch die Verjährung der dinglichen Rechte umfaßt ist, welche mit der Verjährung der actio nichts zu thun hat. Umgekehrt ist es zu enge, wenn Wächter (II S. 806, vgl. S. 476 Note 1) von „Schuldverjährung" geredet wissen will, da der dingliche Anspruch unter den Ausdruck Schuld schlecht untergebracht werden kann. Vgl. Windscheid die Actio zc. S. 38.

Die Verjährung der Ansprüche (actiones) ist kein ursprüngliches römisches Institut. Ursprünglich war keine actio der Verjährung unterworfen; zuerst der Praetor stellte auf Zeit beschränkte actiones auf; andere einzelne Bestimmungen traten später hinzu; die Regel der Verjährung der actiones ist erst im 5. Jahrhundert n. Chr. ausgesprochen worden[2].

Von dieser Regel gibt es nur Eine Ausnahme: unverjährbar sind die Steuerforderungen des Fiscus[3]. Was man gewöhn-

---

[2] Von Theodosius II. a. 424 (l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14 = l. 3 C. de praescr. XXX 7. 39). Als regelmäßige Verjährungszeit bestimmte Theodosius 30 Jahre, unter Bestätigung der kürzeren Verjährungsfristen. Das Nähere über das Geschichtliche s. bei Puchta Inst. II §. 208. Zu vergleichen ist auch: Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) Nr. 1. Dieser letztere Schriftsteller nimmt einen principiellen Gegensatz zwischen der älteren vortheodosischen und der durch Theodosius eingeführten Anspruchsverjährung an; nur diese letztere sei eine eigentliche Verjährung, nur sie habe ihren Grund in der fortgesetzten Unthätigkeit des Berechtigten, während die älteren Bestimmungen einzelne actiones von vorne herein mit Rücksicht auf den besonderen Inhalt des Rechtsverhältnisses auf bestimmte Zeit beschränkt, zu actiones temporales gemacht hätten. Man kann zugeben, daß hier in der That ein Gegensatz vorhanden sei — obgleich die Frage ist, ob er so scharf gefaßt werden darf, wie Demelius thut; denn ziehen nicht auch die älteren Bestimmungen die verdunkelnde und nivellirende, „Recht und Unrecht verwebende" (Brinz Pand. S. 164) Macht der Zeit wenigstens mit in Betracht, indem sie dieselbe zwar nur bei gewissen Ansprüchen anerkennen, bei diesen aber auch wegen ihrer besonderen Natur besonders früh eintreten lassen? (Vgl. §. 105 Note 6). Jedenfalls wird man aus diesem Gegensatz keine Consequenzen ziehen dürfen. Demelius gibt selbst zu, daß der Gegensatz bereits für das spätere römische Recht nicht mehr vorhanden gewesen sei, und daß daher die in den Kaiserconstitutionen getroffenen Bestimmungen auf die alten actiones temporales mit zu beziehen seien. Aber er will nicht auch umgekehrt das Recht der letzteren auf die neuere Verjährung übertragen wissen. Nach meiner Ansicht mit Unrecht; was das römische Recht selbst als ein einiges Institut ansieht, dürfen wir nicht deßwegen auseinanderreißen, weil wir zu erkennen glauben, daß der Grund der unter dasselbe gehörenden Rechtssätze ein verschiedener sei. — Dieselben Ideen, wie bei Demelius, finden sich, unabhängig von ihm, bei Brinz Pand. §. 47.

[3] L. 6 C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny S. 410 behauptet, diese Ausnahme sei heutzutage „nicht mehr anerkannt". Ich habe für diese Behauptung, welche Puchta, Arndts, Sintenis sich angeeignet haben (auch ich selbst in der 1. Aufl.) einen Anhalt nicht finden können. Vgl. Unterholzner II S. 403, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 4, Holzschuher

lich sonst noch als Ausnahme anführt, daß der Anspruch auf Theilung nicht verjähre, ist keine Ausnahme, da dieser Anspruch in jedem Momente der Gemeinschaft neu entsteht[4].

Auch durch Vertrag kann die Verjährung nicht ausgeschlossen werden, da sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist[5].

## a. Bedingungen.

### α. Unbefriedigtheit des Anspruchs. Beginn der Verjährung.

### §. 107.

Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Unbefriedigtheit des Anspruchs. So lange der Anspruch befriedigt ist, d. h. so lange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden ist, läuft ihm keine Verjährung[1]. — Dagegen läuft dem unbefriedigten Anspruch die Verjährung sofort von seiner Entstehung an[2]. Entstanden[3] aber ist der Anspruch, sobald das

---

II §. 19 Nr. 10. — Andere Ausnahmen des römischen Rechts beziehen sich auf Verhältnisse, die heutzutage nicht mehr vorkommen. L. 8 C. de l. t. praescr. quae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 23 pr. C. de agric. 11. 47.

[4] Es versteht sich von selbst, daß die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sind, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, vgl. l. 6 C. fin. reg. 3. 39. Vgl. auch Seuff. Arch. IV. 223, XV. 227.

[5] Ein Anderes ist der Verzicht auf die durch die Verjährung erworbene Rechtsstellung; dieser ist vollkommen zulässig. Savigny V S. 411—413. Vgl. Seuff. Arch. XV. 157, XXV. 168; XXVI. 218.

§. 107. [1] Durch die Befriedigung des Anspruchs wird derselbe in den meisten Fällen aufgehoben, so daß schon deßwegen von Verjährung keine Rede sein kann. Aber es ist das nicht nothwendig, wie es denn namentlich bei den auf Nichtthun gerichteten Ansprüchen, ferner bei denjenigen positiven, welche auf das Bewirken eines dauernden Zustandes gerichtet sind, nicht der Fall ist.

[2] L. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40: — „ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)". L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39: — „actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem". L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Neueren pflegen den Ausdruck actio nata als technischen zu gebrauchen. Vgl. Demelius Untersuchungen S. 115. 204.

[3] Die Frage nach der „actio nata", nach der „Nativität der Klagen" hat eine umfangreiche Literatur. Vgl. außer den oben bei §. 106 genannten Schriftstellern: Unterholzner Verjährungslehre I §. 88. II §. 260. 264—266,

ihm zu Grunde liegende Recht entstanden ist; der Anspruch ist nichts, als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens (§. 43). Dieß ist in gleicher Weise wahr für den dinglichen wie für den persönlichen Anspruch. Wenn nichtsdestoweniger die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht in gleicher Weise mit der Entstehung des dinglichen Rechts beginnt, wie die Entstehung des persönlichen Anspruchs mit der Entstehung des persönlichen Rechts: so hat dieß seinen Grund darin, daß der mit dem dinglichen Recht entstehende Anspruch, so lange nichts vorliegt, als das dingliche Recht, auch befriedigt ist. Er ist darauf gerichtet, daß Niemand die durch das dingliche Recht gegebene Herrschaft über die Sache störe; so lange dieß Niemand gethan hat, hat der Berechtigte das, was er Kraft des dinglichen Anspruchs verlangen kann. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnt daher erst dann, wenn von einer bestimmten Person eine Störung der dinglichen Herrschaft ausgegangen, und dadurch dem Berechtigten etwas entzogen worden ist, was er kraft seines Anspruchs haben sollte[4]. Anders bei dem persönlichen Anspruch. Zwar wenn das persönliche Recht, mit welchem der persönliche Anspruch entsteht, auf ein Nichtthun des Verpflichteten geht, gilt von dem persönlichen Anspruch das

---

Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 (1835), Lenz Studien u. Kritiken ꝛc. Nr. 4 (1847), Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 12 (1850) und Pand. I §. 147 Anm., Brackenhöft Arch. f. prakt. RW. IV. 3 (1856), Demelius Untersuchungen Nr. 2 (1856), Unger II §. 116.

[4] Wie ist es aber, wenn die Störung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist, z. B. der Eigenthümer hat seine Sache mit Vorbehalt künftiger Rückgabe einem Anderen freiwillig hingegeben? Die Störung ist deßwegen nicht weniger vorhanden, und daher der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer sogleich begründet (vgl. l. 9 D. de R. V. 6. 1). Ob er sogleich verjährt, hängt davon ab, ob der Eigenthümer verpflichtet ist, dem Besitzer die Sache eine gewisse Zeit hindurch zu lassen, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. bei der Miethe) verjährt der Anspruch erst nach Ablauf jener Zeit, wegen der ihm bis dahin entgegenstehenden Einrede (§. 109, l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39; im zweiten Falle (z. B. beim Precarium), wo dieses Hinderniß der Geltendmachung des Anspruchs nicht entgegensteht, beginnt seine Verjährung sogleich (l. 2 C. de praescr. XXX. 7. 39 handelt von der Ersitzung, Demelius Untersuch. S. 111 Note 2). Vgl. Note 5 a. E. und Unger §. 116 Note 15. §. 120 Note 7a.

Gleiche, wie von dem mit dem dinglichen Recht entstehenden; er ist, wie er entstanden ist, auch befriedigt, und verjährt daher nicht von der Zeit seiner Entstehung an, sondern erst von der Zeit an, wo der Verpflichtete aufhört, ihm nachzukommen. Geht dagegen der persönliche Anspruch auf eine Thätigkeit des Verpflichteten, so ist, so lange diese Thätigkeit nicht eintritt, der Anspruch ein unbefriedigter, und daher beginnt seine Verjährung sogleich, ohne daß nöthig wäre, daß dem Verpflichteten die Erfüllung angesonnen worden sei, und dieser sie verweigert habe[5]. —

---

[5] Darüber ist im Allgemeinen kein Streit, lebhafter nur in Betreff Einer Klasse von Fällen, derjenigen nämlich, wo der Berechtigte, ohne an die Einhaltung einer bestimmten Frist gebunden zu sein (darüber daß, wenn er in dieser Weise gebunden ist, die Verjährung erst nach Ablauf dieser Frist beginne, herrscht Uebereinstimmung, s. Note 7 mit Text und §. 109 Num. 1), doch ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, einstweilen von seinem Anspruch keinen Gebrauch machen zu wollen, wie z. B. bei einem Darlehn, welches schlechthin, oder auch mit der Erklärung, daß der Empfänger es behalten dürfe, bis der Darleiher es zurückfordere („auf Kündigung", „bis zur Kündigung", vgl. l. 48 D. de V. O. 45. 1: „decem cum petiero"), gegeben worden ist, ferner beim Depositum, Precarium, beim vorbehaltenen Rückkaufsrechte (der gewöhnlich ebenfalls hierher gestellte Fall des commodatum gehört nicht hierher, weil der Leihende gebunden ist, die Sache dem Empfänger bis zum gemachten Gebrauche zu lassen), vgl. Demelius Untersuch. S. 178 fg., Unger II §. 116 Anm. 11. Für diese Fälle behaupten namhafte Schriftsteller (Kierulff S. 193 fg., Savigny V S. 291 fg., Sintenis I S. 281 fg., Puchta Vorles. I S. 204—206, Keller S. 172. 173), actio nata sei erst vorhanden, wenn der Verpflichtete auf die Aufforderung des Gläubigers die Leistung verweigert habe. Diese Behauptung wird nicht sowohl auf die Quellen gestützt, gegen deren Aussprüche sie sich vielmehr nur vertheidigt, und zwar nach richtiger Interpretation ohne Erfolg (s. l. 1 §. 22 D. dep. 16 3, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 §. 7 D. de prec. 43. 26, und darüber Windscheid die Actio rc. rc. S. 42 Note 11 [wo aber auf S. 43 in der zweiten Zeile der Note v. o. statt „nicht" „nicht nicht" zu lesen ist!]), als vielmehr auf die Natur der Sache, indem nämlich geltend gemacht wird, daß vorher der Schuldner in der Nichtleistung kein Unrecht thue, das Recht des Gläubigers nicht verletze. Von diesem Argument wird die hier vertretene Ansicht, welche als das Verjährende den Anspruch ansieht, nicht betroffen; für die herrschende Auffassung, welche als das Verjährende das Klagerecht ansieht, ist dieses Argument äußerst bedenklich — ein Klagerecht, ein Recht sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht eine Rechtsverletzung erlitten hat. Diejenigen, welche dieß leugnen (Thon S. 33 fg., Lenz S. 237 fg., Vangerow Arch. S. 295 fg.

Ein bedingter Anspruch ist noch kein entstandener Anspruch (§. 89); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Eintritte

---

und Pand. §. 137 Anm. Nr. I. 2, Unger S. 377 fg., Zroblowski Arch. f. civ. Pr. LII S. 360), verstehen in der That unter Klagerecht, Klage, nichts Anderes, als was hier Anspruch genannt wird, so daß nur ein Streit über den Namen übrig bleibt. Andere finden eine Rechtsverletzung schon in der Thatsache der Unbefriedigtheit des Anspruchs, so Wächter II S. 412—413. 807 und Demelius Untersuchungen S. 146 fg., (welche aber im Einzelnen von einander abweichen, indem Demelius die Rechtsverletzung nur für die Verjährung des Klagerechts erfordert, Wächter auch für seine Entstehung). Hiergegen ist zu bemerken, daß ein Zustand, welcher in Folge des Willens des Berechtigten besteht, weder geeignet ist, ihn Anspruch auf „Schutz", auf „Genugthuung" zu geben (Wächter), noch sein Klagerecht zur „Thätigkeit", zum „Kampf" herauszuforderen (Demelius). Aeltere Schriftsteller helfen sich durch Aufstellung der Regel: Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in protestate creditoris. Diese Regel, welche sich noch bei Unterholzner II §. 260 findet, ist zwar seit dem Angriff von Thon Arch. f. civ. Pr. VIII. 1 §. 1—12 [1835]) im Uebrigen allgemein aufgegeben, wird aber jetzt in der Sache, mit einer andern Wendung in der Form, reproducirt von Zroblowski Arch. f. civ. Pr. LII S. 358 fg., welcher Schriftsteller folgenden Satz aufstellt: sobald „der Gläubiger die Klage anstellen kann, ohne durch objective Gründe, deren Beseitigung nicht in seiner Macht liegt, an der Geltendmachung seines Rechts gehindert zu sein", ist sofort actio nata vorhanden. (Uebrigens enthält die bezeichnete Regel einen wahren Kern, s. Note 9.) Endlich ist in der neuesten Zeit eine andere ältere Meinung wieder hervorgeholt worden, wonach zwar das Klagerecht erst nach der Kündigung, sofort aber das Kündigungsrecht verjähren soll: dem Verf. (Roscher Arch. f. civ. Pr. LV S. 100 fg.) ist es nicht gelungen, die Verjährbarkeit des Kündigungsrechts mit den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung in Einklang zu bringen. — Die Praxis steht noch überwiegend auf dem Standpunkt der Verletzungstheorie, so jedoch, daß bei verzinslichen Darlehen eine die Klage begründende Rechtsverletzung auch in dem Ausbleiben einer Zinszahlung gefunden wird. Hiernach ist erkannt in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XXIII 7, s. auch XIV. 204. Die richtige Auffassung ist vertreten in den Erkenntnissen V. 272, XVII. 208, XXII. 206, s. auch XVIII. 233. Das Obertribunal zu Stuttgart läßt (XIX. 7) bei unverzinslichen Darlehen die Verjährung sofort von der Ausbezahlung an beginnen, während es bei verzinslichen an dem Erforderniß der Kündigung oder des Ausbleibens einer Zinszahlung festhält — welche Inconsequenz bereits der Einsender der Entscheidung getadelt hat. — Uebrigens wiederholt sich dieselbe Frage, die hier behandelt worden ist, für die dinglichen Ansprüche, obgleich sie auf diese gewöhnlich nicht bezogen wird. Von dem Eigenthumsanspruch desjenigen, der eine Sache pre-

der Bedingung[6]. Ebenso ist aber auch ein befristeter Anspruch noch kein entstandener Anspruch (§. 96); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Herankommen des Zeitpunktes, auf welchen er gestellt ist[7]. Bei Ansprüchen auf periodisch wiederkehrende Leistungen (Renten, Zinsen, Mieth- und Pachtgelder) läuft deßwegen eine besondere Verjährung für jeden einzelnen fällig werdenden Posten; es ist aber positiv bestimmt, daß die Verjährung des Anspruchs auf das Kapital auch jeden Zinsanspruch ausschließen soll[8]. —

---

cario gegeben hat, gilt ganz in gleicher Weise, wie von seinem persönlichen Anspruch, daß der Anspruch sogleich begründet ist, und daß der Besitzer vor der Rückforderung durch die Nichterfüllung derselben nicht Unrecht thut. S. Note 4.

[6] L. 7 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39.

[7] L. 7 §. 4 C. cit., vgl. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Für den befristeten Anspruch ist aber auch eine andere Auffassung möglich, nämlich, daß er sofort existent sei, nur nicht sofort geltend gemacht werden könne (§. 96). Faßt man ihn in dieser Weise auf, so gehört der Satz, daß die Befristung die Verjährung ausschließe, nicht hierher, sondern in §. 109.

[8] L. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 26 pr. C. de usur. 4. 32. Seuff. Arch. IV. 201 Nr. II, VI. 8, XIII. 6, XIV. 110, XVIII. 2. — Unterliegt auch das Recht auf die terminliche Leistung als solches einer Verjährung? Es ist dieß eine seit der Glossatorenzeit bestrittene Frage. Früher wurde sie von der Mehrzahl der Schriftsteller verneint, s. namentlich I. H. Boehmer Exerc. ad Pandectas V. n⁰ 85. ius eccl. Prot. II. 26 §. 4—24; in der neueren Zeit ist die vorherrschende Ansicht für die Bejahung der Frage, jedoch nur unter der Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesammtrechts. S. Unterholzner II S. 306, Savigny V S. 312, Sintenis I §. 31 Anm. 35, Holzschuher I §. 19 Nr. 3; Seuff. Arch. I. 156, III. 138, VI. 4 a. E., IX. 117. 323, XI. 6 (in der Note), XIV. 110. 117 Nr. I, XVI. 2, XVII. 83. Vgl. auch Buchka und Budde Entscheidungen IV. 41. Keine Bestreitung des Gesammtrechts verlangen die Erkenntnisse bei Seuffert: I. 157, III. 3, VI. 4 z. A., VI. 132, und in diesem Sinne hat sich auch Gerber Jahrb. f. Dogm. II S. 47. 48 ausgesprochen. Vgl. noch Seuff. Arch. XIV. 117 Nr. II. III. Gegen alle Verjährung des Gesammtrechts hat sich neuerdings wieder erklärt Demelius Untersuchungen S. 200—203; ihm folgen Schirmer zu Unterh. §. 262 Note 740, Unger §. 120 Note 10. Für diese Ansicht sprechen l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39 und l. 46 §. 9 C. de ep. et cl. 1. 3; für die Verjährung nach erfolgter Verweigerung l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, die mir aber von einer der Anspruchsverjährung durchaus fremden Idee auszugehen scheint („si per quadraginta annos ademti canonis beneficium ingitur possederunt"). Vgl. noch Dernburg Preuß. Privatr. I S. 341. 342.

Einen Fall giebt es, in welchem die Verjährung eines Anspruchs schon beginnt, ehe er entstanden ist. Dieser Fall ist, wenn die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist. Einen Anspruch, den ich durch ein Wort in's Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen, wie einen Anspruch, der mir jetzt schon zusteht, und meine Unthätigkeit in Beziehung auf denselben kann daher keine andere Bedeutung haben, als meine Unthätigkeit in Beziehung auf einen bereits entstandenen Anspruch[9].

---

[9] Dieß ist, wie ich glaube, der wahre Kern der in der Note 5 erwähnten Regel: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Die herrschende Ansicht stimmt damit nicht überein; aber sie verwickelt auch wenigstens diejenigen, welche die in der Note 5 genannte Klasse von Fällen entscheiden, wie dort geschehen, in unerträgliche Schwierigkeiten. Dieselben müssen z. B. annehmen, daß, wenn bei einem Kaufvertrage der Käufer sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten habe, sein Anspruch gegen den Verkäufer erst von der Zeit des erklärten Rücktritts an verjähre, während sie den Anspruch aus dem bedungenen Rückkaufsrechte (pactum de retrovendendo) von der Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages oder der Uebergabe der Sache (das Erstere ist gewiß das Richtigere) verjähren lassen. (Dagegen zwar Demelius Untersuch. S. 194 fg., aber nicht überzeugend; vgl. auch Unger §. 116 Note 11). Ferner: wenn ein Darlehn „auf Kündigung", „bis zur Kündigung" gegeben ist, lassen sie die Verjährung so gleich beginnen; wenn „bis acht Tage nach geschehener Kündigung", erst acht Tage nach geschehener Kündigung, so daß ohne Kündigung ein solches Darlehn noch nach 100 und mehr Jahren zurückgefordert werden kann! „Freilich läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht", Unger S. 410; aber „von rein theoretischem Standpunkt" glaubt dieser Schriftsteller nicht anders entscheiden zu können. Sollte da nicht der „theoretische Standpunkt" unrichtig sein? Nach der im Text aufgestellten Regel ist ein solches Darlehn zu behandeln als ein Darlehn, welches nach acht Tagen zurückgefordert werden kann, so daß der Anspruch aus demselben nach acht Tagen zu verjähren beginnt. Uebereinstimmend im Resultat Unterholzner II §. 260, Wächter II §. 118 Note 15, Zroblowski Arch. f. civ. Pr. LII S. 358 fg. (Wächter mit Berufung auf l. 16 §. 1 D. de compens. 16. 2, Unterholzner und Zroblowski nach ihren in Note 5 berichteten Grundauffassungen); dawider namentlich Thon S. 3 fg., Vangerow Arch. S. 312 u. Pand. I §. 147 Anm. Nr. II. 3, Demelius S. 177, Unger II §. 120 Note 6, s. auch die Note zu Seuff. Arch. XIX. 7. In der Praxis hat die hier vertretene Meinung noch keine Anerkennung gefunden; nur stellt die Praxis überwiegend der Kündigung das Ausbleiben einer Zinszahlung gleich. Seuff.

### β. Nichtausübung des Anspruchs.

### §. 108.

Die zweite Bedingung der Anspruchsverjährung ist Nichtausübung des Anspruchs. Durch die Ausübung des Anspruchs wird die Verjährung, welche mit seiner Entstehung bez. seiner Nichtbefriedigtheit zu laufen begonnen hat, aufgehoben, man sagt: unterbrochen[1]. Zur Unterbrechung der Verjährung ist aber nicht die volle Ausübung des Anspruchs, d. h. die Verwirklichung des dem Anspruch entsprechenden Verhaltens des Verpflichteten erforderlich; es genügt, daß kraft des Anspruchs irgend etwas von dem Verpflichteten erlangt wird, z. B. Zinsen, Abschlagszahlung, Pfand, Bürgschaft, neue Schuldurkunde[2], oder daß dem Verpflichteten etwas

---

Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XIX. 7 Nr. 2, XXVII. 87. Gegen dieses Letztere: XIII. 122, XX. 196; umgekehrt gegen die Hinzurechnung der Kündigungsfrist im Fall des Ausbleibens einer Zinsenzahlung: XIII. 6, XXV. 3. — Man muß aber bei der im Text aufgestellten Regel stehen bleiben und nicht so weit gehen, auch dann sofortigen Beginn der Verjährung anzunehmen, wenn es in dem Belieben des Berechtigten steht, durch eine Handlung (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens) den Anspruch entstehen zu machen; dieß ist die unrichtige Seite der Regel: toties praescribitur etc.. Daher beginnt z. B. die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Pfandsache erst mit Tilgung der Schuld (l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13. 7), nicht sogleich mit Hingabe der Pfandsache. Vgl. Glück XIV S. 169 fg., Savigny S. 283. 299 fg., Vangerow Pand. I §. 147 Anm. Nr. II. 5, Unger §. 120 Note 5, Dernburg Pfandrecht I S. 159. 160 (Preuß. Privatr. I S. 340); dawider, mit Berufung auf jene Regel, Unterholzner II §. 264.

§. 108. [1] Quellenmäßige Ausdrücke: interruptio temporis, praeteriti temporis; interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; interruptio schlechthin. L. 1 §. 1 l. 2. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 5 C. de duob. reis 8. 40. Die Idee der Unterbrechung gehört erst der späteren Verjährung an, Demelius Untersuch. S. 60—64. 96 fg.

[2] L. 7 §. 5 l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Vgl. Savigny S. 314—316, Seuff. Arch. VIII. 9, XX. 197 vgl. 188. Genügt einfache Anerkennung? Dafür Unterholzner §. 262, Savigny S. 314. 315, Demelius Untersuch. S. 63. 100, Bähr Anerkennung S. 176 fg. (2. Ausg. S. 193 fg). Seuff. Arch. X. 223, XVI. 91, XX. 188, XXVI. 289; dagegen Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 108, s. auch Seuff. Arch. XIX. 113, XXI. 5. — Manche

ihm Gebührendes vorenthalten wird[3]. Ja noch mehr, schon das genügt zum Ausschluß der Verjährung, daß der Berechtigte das Seinige thut, um sich die Befriedigung seines Anspruchs zu sichern, d. h. daß er Klage gegen den Verpflichteten erhebt[4], während durch bloße Mahnung die Verjährung nicht unterbrochen

---

behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermin ausschließe: Savigny S. 306 fg., Wächter II §. 118 Note 16; dagegen Demelius Untersuch. I S. 170 fg., Schirmer zu Unterholzner II S. 308 Note *, Unger II S. 408 in der Anm., Vangerow I S. 227 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6. S. 255), s. auch die Note 5 zu Seuff. Arch. XIX. 7. Sieht man den Grund, weßwegen die Zinszahlung die Verjährung unterbricht, nach der richtigen Auffassung darin, daß in den Zinsen der Gläubiger seinen Anspruch genießt, so ist jene Ansicht von selbst widerlegt (die Zinsen müßten denn zum Voraus gezahlt sein). Jene Ansicht steht aber unter dem Einfluß der Verletzungstheorie (§. 107 Note 5); erst mit dem Ausbleiben einer Zinszahlung, nimmt sie an, sei das Recht des Gläubigers auf das Kapital verletzt. In diesem Sinne ist entschieden in den Urtheilen bei Seuff. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XVII. 2, XIX. 7. — Wird die Verjährung auch dadurch ausgeschlossen, daß Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek erlangt werden? Bejahend beantwortet durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin vom 2 Mai 1842 bei Seuff. Arch. I. 158.

[3] L. 7 §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis". Savigny S. 313. Andere (Unterholzner II S. 308, Unger II §. 121 Note 23a) verstehen diese Stelle, gegen ihren Wortlaut, von der Ueberlieferung eines versprochenen Pfandes und der darin liegenden Anerkennung, so daß also der Pfandbesitz als solcher kein Grund der Ausschließung der Verjährung sein würde.

[4] Entscheidend ist der Zeitpunkt der Ladung, im schriftlichen Proceß der Mittheilung der Klageschrift an den Gegner. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praescr. XXX 7. 39. Bei den alten temporales actiones war die entscheidende Thatsache die Niedersetzung des iudicium, die litis contestatio; der Prätor hatte iudicium bloß für eine gewisse Zeit versprochen, binnen dieser Zeit mußte iudicium auch erlangt worden sein. Zwei darauf bezügliche Stellen sind aus Versehen ohne Aenderung in die Pandekten aufgenommen worden, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, vgl. auch l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17. Auf Grund derselben wollen Einige bei den alten actiones temporales auch heutzutage noch auf die Litiscontestation sehen, so Vangerow I §. 152 Anm. 1 Nr. 2; dagegen Savigny V S. 318, Wächter Erörterungen III S. 193 Note 29. Auch bei den

wird[5]. Die Klage kann vor dem öffentlichen Richter erhoben werden, wobei jedoch erforderlich ist, daß derselbe für die Sache competent sei[6], oder auch vor dem vereinbarten Schiedsrichter[7]. Ist der Gegner nicht zu erreichen, so kann die Verjährung durch eine mündliche oder schriftliche Protestation vor Gericht unterbrochen werden; wenn auch diese nicht zu bewerkstelligen ist, so wird durch schriftliche Protestation vor der Gemeindebehörde, im Nothfall durch Anschlag einer von einem Notar oder drei Zeugen

---

Schriftstellern, welche zwischen der alten und der neuen Verjährung nicht unterscheiden, finden sich abweichende Ansichten. 1) Die Unterbrechung der Verjährung trete erst mit der Zeit der Litiscontestation ein, werde aber auf die Zeit der Anstellung der Klage zurückbezogen; so Unterholzner I §. 124. 2) Sie trete mit der Ladung ein, aber mit gleicher Rückbeziehung auf die Zeit der Anstellung; so Puchta Pand. §. 90. p. Vorl. I S. 207. Seuff. Arch. XXI. 194. 3) Sie trete ohne Weiteres mit der Anstellung der Klage ein; so Sintenis I §. 31 Anm. 52, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 276 fg.; Seuff. Arch. XV. 96. Die im Text ausgesprochene Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden; vgl. namentlich L. E. Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverjährung (1848), Savigny V S. 316—318, Wächter Erörterungen III S. 89 fg., B. Emminghaus Arch f. prakt. RW. N. F. II S. 139 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock II S. 44—48. VI S. 57—59. Seuff. Arch. VIII. 233 (S. 331), XIII. 231. XXI. 195. 196, s. auch VIII. 228. — Die Verjährung der alten temporales actiones wurde auch durch Ueberreichung der Klagschrift an den Kaiser unterbrochen (l. 2 C. quando lib. 1. 20, l. 3 C. de praescr. XXX 7. 39), was natürlich für uns ohne Bedeutung ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilprozesses I §. 38. röm. Civilprozeß III §. 164. — Geltendmachung des Anspruchs durch Einrede: Seuff. Arch. XVIII. 107. Anders Unterholzner I §. 128, Savigny S. 321, Sintenis I §. 31 Anm. 52 z. E. — Die Erhebung der hypothekarischen Klage unterbricht auch die Verjährung des persönlichen Anspruchs und umgekehrt, Identität des Gegners vorausgesetzt. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40. Seuff. Arch. XVIII. 106. Vgl. im Uebrigen Seuff. Arch. I. 7, V. 137, XXI. 197, XXII. 207. — Anmeldung im Concurs: Seuff. Arch. XXII. 208.

[5] Savigny V S. 315, Wächter II S. 816. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

[6] L. 7 C. ne de statu def. 7. 21. Bopp Arch. f. civ. Pr. XLII S. 97 fg. Seuff. Arch. XI. 7, XXVII. 88. — Wie ist es, wenn die Klage angebrachtermaßen abgewiesen wird? Bopp a. a. O. S. 106, Unterholzner I S. 446, Sintenis I §. 31 Anm. 58, Unger II §. 121 Note 28. Seuff. Arch. VI. 138, VIII. 228, IX. 250. 251, XX. 101. Abweisung wegen mangelnder Passivlegitimation: XXII. 207.

[7] L. 5 §. 1 C. de rec. arb. 2. 56.

unterschriebenen Protestation am Wohnorte des Gegners die gleiche Wirkung erreicht[8].[9]

## §. 109.

Unter gewissen Voraussetzungen findet, trotz dem daß der Anspruch nicht ausgeübt wird, Verjährung nicht Statt. Man sagt: die Verjährung steht still, ruht[1].

1. Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht. Indem das Recht eine Einrede gegen den Anspruch gewährt, macht es die Geltendmachung des Anspruchs unmöglich, und würde daher mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es an die Nichtgeltendmachung desselben einen Nachtheil anknüpfen wollte[2]. Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche

---

[8] L. 2 C. de ann. 7. 40. Die Stelle verweist in Ermangelung des Gerichts an den Bischof oder defensor civitatis; die Gemeindebehörde substituirt passend Wächter II S. 817. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

[9] Das OAG. zu Lübeck hat entschieden (Seuff. Arch. XVI. 93), daß die ungerechtfertigte Verhinderung der Klagerhebung von Seiten des Gegners die replica doli begründe.

[1] Die Neueren sagen: praescriptio dormit. Das Ruhen der Verjährung kann eintreten, nachdem schon vorher eine Verjährung gelaufen ist, aber auch sofort mit der Entstehung des Anspruchs. Im ersten Fall läuft nach Beseitigung des Verhältnisses, durch welches die Verjährung stille gestellt worden ist, die frühere Verjährung fort, während durch die Unterbrechung der Verjährung (§. 108) die bis dahin abgelaufene Verjährung ein für alle Mal beseitigt wird, und nach Aufhören der Unterbrechung eine neue Verjährung begonnen werden muß. § 109.

[2] Die Neueren sagen: agere non valenti non currit praescriptio. Namentlich gehört hierher auch der Fall einer dem Schuldner gewährten, den Gläubiger bindenden Frist Gewöhnlich werden noch folgende Fälle besonders hervorgehoben: a) der Fall eines dem Schuldner gewährten Moratoriums, l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71; b) der Fall, wo ein Erbe mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat: während der für die Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden, l. 22 §. 11 C. de iure del. 6. 30; c) der Fall, wo Baumaterial in ein fremdes Gebäude eingebaut ist: so lange dieses Gebäude steht, kann Herausgabe des Baumaterials nicht gefordert werden, §. 29 I. de R. D. 2. 1. Gerade in diesem letzteren Falle aber kommt nach der richtigen Meinung die aufgestellte Regel nicht in Anwendung; Beweis dafür ist, daß durch die Einfügung des Baumaterials auch die Ersitzung desselben nicht unterbrochen wird. Das Recht gibt hier für die ausgeschlossene Eigen-

Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Anspruche entgegenstehende Einrede nicht berufen, wenn es in seiner Macht stand, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden konnte, daß er sie beseitige[3].

2. Die rechtliche Unfähigkeit des Berechtigten, seinen Anspruch geltend zu machen, ist im Allgemeinen als Hemmungsgrund für die Verjährung nicht anerkannt, da diese Unfähigkeit durch die dem Unfähigen zugeordnete Vertretung wiederaufgehoben wird[4]. Davon sind jedoch für wichtige Fälle Ausnahmen gemacht: es läuft keine Verjährung gegen die Kinder, deren Vermögen dem

---

thumsklage Ersatz in einem Entschädigungsanspruch. Vgl. §. 182 Note 13 in der zweiten Hälfte. Vgl. noch Seuff. Arch. XXI. 183, XXII. 285 (die Verjährung der im Concurse des Schuldners nicht befriedigten Ansprüche läuft so lange nicht, als nicht in den Vermögensverhältnissen des Schuldners sich eine äußerlich erkennbare Verbesserung vollzogen hat).

[3] Die Frage nach der Einwirkung einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede auf seine Verjährung ist noch wenig genügend behandelt. Savigny (V S. 290) behauptet, daß keine Exception die Verjährung ausschließe, und darin folgt ihm für die dilatorischen (wie es scheint bloß für diese) Dernburg Pfandr. II S. 601, für die peremtorischen Unger II S. 410. Die dilatorischen sollen nach dem letzteren Schriftsteller die Verjährung dann ausschließen, wenn sie zu beseitigen „nicht in der Macht des Klagberechtigten liegt"; übereinstimmend Vangerow I §. 147 Anm. Nr. I. 3. Das ist in der Sache allerdings (Brinz S. 167), trotz des Leugnens Ungers (a. a. O. Note 7a), ein Rückfall in die Regel: toties praescribitur etc. etc. Die im Texte aufgestellte Regel verlangt, damit trotz der Einrede Verjährung stattfinde, außer der Macht des Berechtigten auch, daß er die Einrede hätte beseitigen sollen. Danach ist z. B. zu entscheiden bei der Retentions- und Compensationseinrede (der Berechtigte hätte den Gegner für seinen Anspruch befriedigen sollen), bei der Excussionseinrede (daß der Gläubiger den Schuldner nicht belangt hat, war Nachlässigkeit, vgl. Girtanner Bürgschaft S. 477) ꝛc. Ebenso bei der s. g. exceptio non adimpleti contractus, vgl. II §. 321 Note 2. — Anders liegt es mit dem Anspruch desjenigen, welcher seinem Gläubiger eine Sache zum Faustpfand gegeben hat. Derselbe hat nicht einen Anspruch auf Rückgabe mit entgegenstehender Einrede der nicht getilgten Schuld; er hat einfach einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes nach getilgter Schuld, also keinen Anspruch vor getilgter Schuld, einen Anspruch, welchen er zwar hervorrufen kann, sobald er will, aber nicht durch eine einfache Willenserklärung (§. 107 Note 9 a. E.).

[4] So bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Verschwendern. Unterholzner I §. 39, Savigny IV S. 436 fg. Seuff. Arch. XII. 121.

väterlichen Genußrecht unterliegt[5], keine gegen die Geschlechtsunreifen, und keine unter 30 Jahren gegen die Minderjährigen[6]. Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Verjährung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe einer in fremder Hand befindlichen Dotalsache gegen die Frau erst von der Zeit an zu laufen beginnt, wo die Dos an dieselbe gefallen ist[7].

3. Factische Hindernisse der Geltendmachung des Anspruchs werden in Betracht gezogen, wo die in §. 104 erwähnte Berechnung der Zeit eintritt. Abgesehen hiervon wird die Verjährung nur[8] durch feindlichen Einbruch[9], und bei Ansprüchen der römischen Kirche durch ein Schisma gehemmt[10].

γ. Zeitablauf.

## §. 110.

Die Nichtausübung des Anspruchs, wie sie im Vorhergehenden näher bestimmt worden ist, muß die vorgeschriebene Zeit hindurch

---

[5] L. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 1 i. f. C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 i. t. C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Unterholzner I §. 34. Seuff. Arch. II. 196.

[6] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. Unterholzner I §. 35, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 229—234, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 1. 2. Für die Gleichstellung der Minderjährigen mit den Geschlechtsunreifen im heutigen Recht das Urth. bei Seuff. VII. 143; dawider die Nachschrift des Herausgebers und X. 224, ferner Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 396 fg. und das Erk. des Spruchcollegiums zu Heidelberg Namens des OAG. zu Jena vom 7. Mai 1869, Arch. f. civ. Pr. N. F. VII S. 151 fg. und Seuff. Arch. XXIII. 6.

[7] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt insofern nicht ganz gleich, wie in den zuvor genannten Fällen, als der Frau vor Anfall der Dos der Anspruch gar nicht zusteht. Aber da sie in denselben eintritt, wie der Mann ihn hatte, so müßte sie eigentlich die dem Manne gegenüber abgelaufene Verjährungszeit auch sich gegenüber anerkennen; dieß schließt die Constitution aus.

[8] Namentlich nicht durch Unwissenheit der Berechtigten, vgl. l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 3 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny III S. 407 fg. — Eine andere Frage ist, ob gegen den Ablauf der Verjährung nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, s. §. 119.

[9] C. 13. 14 C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praescr. 2. 26. Darüber eine besondere Abhandlung von Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 8; Unterholzner I §. 88 Note 296, Vangerow I §. 323 Anm. 2 Nr. 3.

[10] C. 14 X. eod.

gedauert haben. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 Jahre[1]. Für einzelne Ansprüche erhöht sich diese Frist auf 40[2], in einem

---

§. 110. [1] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40.

[2] In 40 Jahren verjähren: a) die Ansprüche der Kirchen und der milden Stiftungen, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Nov. 111. 131 c. 6, c. 4. 8 X. de praescr. 2. 26; Unterholzner I §. 40. 41, Savigny V S. 354 fg.; b) der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes unter gewissen Voraussetzungen, l. 7 pr. §. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, vgl. §. 235 Note 27; c) jeder Anspruch, wenn seine Verjährung einmal durch Proceß unterbrochen worden, dieser aber liegen geblieben ist, l. 9 C. eod., l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, s. g. Verjährung der Litispendenz. Eine besondere Abhandlung darüber von Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 5. 6 (1829); vgl. außerdem Unterholzner I §. 125 Nr. 5, Savigny V S. 322—326, Wächter Erörter. III S. 96. 97, Buchka Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß II S. 55 fg., Vangerow I §. 152 Anm. 1; Seuff. Arch. II. 127, III. 2, VI. 5. Einige, auch Solche, welche die Unterbrechung der Verjährung früher eintreten lassen, verlangen für diese neue 40jährige Verjährung, daß der Proceß bis zur Litiscontestation gediehen sei, indem sie auf dieselbe im Sinne des Justinianischen Rechts die in §. 108 Note 4 genannten Stellen beziehen, in welchen gesagt wird, daß die Litiscontestation die Ansprüche gegen den Einfluß des Zeitablaufes sichere, Puchta § 96. g, Buchka a. a. O. S. 60 fg., Schirmer zu Unterh. I §. 124 Note 425a a. E. S. dagegen Linde a. a. O. S. 172 fg., Savigny S. 323, Wächter Erörter. III S. 97. 98. d) Gilt nicht die 40jährige Verjährungsfrist auch für die Ansprüche des Fiscus und des Landesherrn und seiner Gemahlin? Diese Frage wurde früher, was die Ansprüche auf bereits erworbenes Vermögen, wenigstens die Eigenthumsansprüche angeht, auf Grund von l. 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, l. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14 allgemein bejaht; seit der Ausführung von Savigny V S. 359—361 ist die herrschende Meinung für die Verneinung. S. Vangerow I §. 148 Anm. 2 N. 4 (seit der 6. Aufl.), Sintenis I §. 31 Anm. 7 und die Citate in Note 3 des sogleich zu nennenden Aufsatzes von Heffter; auch Seuff. Arch. III. 296, XVII. 112, XXV. 217. In der neuesten Zeit sind aber für die frühere Meinung wieder eingetreten Heffter Jahrb. des gem. R. VI. 1 (1862) und Heimbach Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 2 (1865). Letzterer argumentirt bloß aus dem römischen Recht; Heffter beruft sich auf ein sich an l. 14 C. de fund. patr. anlehnendes, „auf übereinstimmender Rechtsansicht und Rechtsanschauung beruhendes deutsches Herkommen", „das durch die neueren Anfechtungen, welche erst vom dritten Jahrzehnt des gegenwärtigen Jahrhunderts stammen, und seither nicht die Praxis entschieden nach sich gezogen haben, für aufgehoben nicht erachtet werden könne". Die frühere Meinung ist festgehalten in dem Erkenntniß bei Seuff. Arch. XVIII. 14. Gegen die neue Vertheidigung derselben ist ausdrücklich gerichtet das oben genannte Erkenntniß XXV. 217. Nicht hierher

Falle auf 50[2a], in einem andern sogar auf 100 Jahre[3]; für andere Fälle erniedrigt sie sich auf 20, 10, 5, 4 Jahre, 1 Jahr, 1/2 Jahr, 2 Monate[4].

Die Verjährungszeit braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen. Wenn durch Rechtsnachfolge in den Anspruch ein anderer Berechtigter oder Verpflichteter eintritt, so wird dadurch der Anspruch kein anderer, und deßwegen läuft seine Verjährung ungestört weiter. Aber auch wenn bei dem Wechsel der Personen die Identität des Anspruchs nicht erhalten bleibt, kann es vorkommen, daß in die Verjährung des jetzt bestehenden Anspruchs die Verjährung des früher dagewesenen eingerechnet werden darf. Es ist dieß dann der Fall, wenn die Sache, auf welche ein dinglicher Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge an einen andern Besitzer gelangt[5].

---

gehören, wie von Einigen behauptet wird, die Ansprüche der Städte (l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 111); Unterholzner I §. 45, Savigny V S. 359, Vangerow I §. 148 Anm. 2 Nr. 5, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 6; Seuff. Arch. III. 297, XIII. 7 (s. aber auch III. 137).

[2a] Für den Anspruch auf Rückgabe des in einem verbotenen Spiel Verlorenen. S. II §. 420 Note 5.

[3] Für die Ansprüche der römischen Kirche, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Auth. *Quas actiones* zu l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. de praescr. 2. 26, c. 2 eod. in VI° 2. 13. Unterholzner I §. 42, Savigny V S. 357. 358.

[4] S. die Aufzählungen bei Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I §. 150, Böcking Grundr. S. 57. 58, Holzschuher I §. 19 Nr. 11. Hervorzuheben sind, als von allgemeiner Natur, folgende Bestimmungen. In 20 Jahren verjähren die Ansprüche des Fiscus aus besonderen fiscalischen Rechten, l. 13 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 2 §. 1 — l. 4 §. 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 §. 3 D. de I. F. 49. 14 (Ausnahmen: l. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61). In Einem Jahre verjähren die aus dem prätorischen Rechte stammenden Delictsansprüche, auch die auf Schadensersatz, welche Regel jedoch nicht unbedingt wahr ist; Savigny V S. 353. 354, Puchta §. 91. ff.

[5] Dafür spricht die Analogie der Ersitzung und l. 7 §. 1. 2 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. L. 8 §. 1 D. eod. ist von einem Falle zu verstehen, wo die Sache ohne Rechtsnachfolge an einen neuen Besitzer gelangt ist. Vgl. Savigny V S. 362—364, Dernburg (der ältere) Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 12 (1851), Wächter II S. 815, Demelius Unters. S. 95 Note 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 199. — Uebrigens unterscheidet man gewöhnlich zwischen den im Text genannten Fällen nicht, und spricht in beiden von accessio temporis, von welcher doch nur im zweiten Falle geredet werden darf.

δ. Redlichkeit des Verjährenden*.

## §. 111.

Nach römischem Recht setzt die Anspruchsverjährung Redlichkeit (guten Glauben) des Verjährenden, d. h. Unkenntniß von dem gegen ihn begründeten Anspruch, nicht voraus. Das Gegentheil ist aber im canonischen Recht bestimmt[1], jedoch nicht für alle Ansprüche, sondern nur für diejenigen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache gehen[2].

* Unterholzner I §. 92, Savigny V §. 244—246. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 19—31 (1820). Hildenbrand de bona fide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1842). Ders. Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Ersitzung und Klagverjährung, Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 2 (1853).

§. 111. [1] Noch Gratian trägt das reine römische Recht vor (c. 15 C. 16 qu. 3). Dagegen zwei untergeschobene canones, die im corp. iur. can. als c. 3 u. 5 X. de praescr. 2. 26 stehen; ihr Inhalt wurde durch das 4. lateranensische Concil (c. 20 X. eod.) bestätigt. Hildenbrand a. a. O.

[2] Seuff. Arch. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, vgl. I. 403. Die früher herrschende Meinung (s. Savigny §. 244. 1, Hildenbrand im Arch. S. 47) bezog die genannten Stellen auf die Verjährung der Ansprüche überhaupt, obgleich sie nur von Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen reden (vgl. auch Hildenbrand im Arch. S. 48); sie wird von neueren Schriftstellern nicht mehr vertheidigt. Es ist aber unter denselben Streit darüber, ob unter diesen Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen (genauer: Ansprüchen gegen Besitzer von Sachen, an welchen einem Andern ein dingliches Recht zusteht, Savigny S. 337) bloß dingliche, oder auch persönliche (z. B. aus dem Miethvertrage) zu verstehen seien. Man wird sich für die letztere Meinung erklären müssen, da ein genügender Grund für die Beschränkung jener Stellen gegen ihren Wortlaut nicht vorliegt. Auch steht auf dieser Seite die Mehrzahl der Schriftsteller, Unterholzner, Möllenthiel, Savigny, Hildenbrand an den angef. Orten, Sintenis I §. 31 Anm. 55, Wächter §. 118 Note 23, Arndts §. 109; für die erstere Meinung sind Puchta §. 90. aa, Brinz I S. 172. Entschieden unrichtig, und namentlich in Widerspruch mit der Geschichte dieser Bestimmung (Hildenbrand a. a. O.) ist eine vierte Meinung, welche die Bestimmung gar nicht auf die Anspruchsverjährung, sondern nur auf die Ersitzung, für welche das Erforderniß fortdauernden guten Glaubens habe eingeführt werden sollen, bezieht (Kierulff S. 208. 209, Seuffert Erörterungen S. 138 fg. und Lehrb. I §. 28 a. E.). S. gegen diese Meinung auch Savigny V S. 332—334; sie ist jedoch in der Praxis stark vertreten, s. Seuff. Arch. I. 6. 403, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, XXI. 4.

### c. Wirkung der Anspruchsverjährung.

### §. 112.

Die Verjährung hebt den Anspruch auf. Nicht an und für sich: an und für sich fährt er fort zu bestehen; aber sie hebt ihn auf durch Begründung einer ihn ausschließenden Einrede[1].

Mit der Beseitigung des Anspruchs ist nicht nothwendigerweise auch das ihm zu Grunde liegende Recht beseitigt. In dieser Beziehung ist wieder zu unterscheiden zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das persönliche Recht geht in dem Anspruch auf, es besteht in dem Anspruch; der Untergang des Anspruchs ist also auch sein Untergang. Dagegen geht das dingliche Recht in dem Anspruch, welcher aus demselben gegen eine bestimmte Person erwachsen ist, nicht auf; dieser Anspruch ist nur eine Aeußerung des dinglichen Rechts, der eigentliche Inhalt des dinglichen Rechts besteht in der Beherrschung der Sache, und dieser Inhalt dauert auch nach Beseitigung jenes Anspruchs im Uebrigen ungeschmälert fort. Doch geht die Einrede activ und passiv auf die Sondernachfolger über[2]. — Wenn vielfach behauptet wird[3], daß die Verjährung des obligatorischen Anspruchs das

---

[1] Um so weniger darf behauptet werden, daß der Richter auf die Anspruchsverjährung von Amtswegen Rücksicht nehmen dürfe. So auch die herrschende Meinung, s. Krüll Arch. f. civ. Pr. I. 28, Lotz das. I. 29, Unterholzner I §. 138, Bayer Vorträge S. 622, Bopp Arch. f. civ. Pr. XLII S. 107—109; Seuff. Arch. VIII. 302, XIX. 8. Dagegen Pfeiffer prakt. Ausführungen I. 2. VII. 2, v. Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 77 fg., Sintenis I §. 19 Anm. 61, Muther krit. VJSchr. IX S. 357. Zwischen der alten und der neuen Verjährung will unterscheiden Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX S. 104 fg. §. 112

[2] Vgl. §. 110 Note 5. Kommt dagegen nach Verjährung des Eigenthumsanspruchs die Sache in den Besitz eines Andern, der nicht Rechtsnachfolger desjenigen ist, welcher die Verjährung gegen den Anspruch vollendet hat, so kann der Eigenthümer die Sache zurückfordern, als wenn gar keine Verjährung gegen ihn abgelaufen wäre; l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[3] Namentlich von Savigny Syst. V §. 248—251. Obl. R. I S. 96—98, außerdem unter den Neueren von Francke civil. Abhandlungen S. 73 fg. (1826), Guyet Arch. f. civ. Pr. XI. 5 (1828), Puchta Instit. II S. 410—412. Pand. §. 92 u. Vorles. zu diesem §. mit Beil. VI., ferner von den in der folgenden Note Genannten. Die entgegengesetzte Meinung ist am Ausführlichsten vertheidigt worden von Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 1 (1832. 2. Aufl.

obligatorische Recht nicht vollständig, sondern nur in dem Maße beseitige, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den Rechtswirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig bleibe[4], so fehlt es dieser Ansicht an der nöthigen Begründung[5]. Nur

---

1847 mit Anh.); s. außerdem Löhr Arch. f. civ. Pr. X S. 70 fg. (1827), Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 22 (1828), Bermehren das. II. 9 (1829), Kierulff S. 210 fg., Sintenis I §. 31 Anm. 57, Wächter II §. 119, Vangerow I §. 151 Anm., Dahn über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1855), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 14 (1860), Schwanert die Naturobligationen §. 22 (1861; die beiden letzteren Schriftsteller lassen aber nach der Verjährung außer dem Pfande [s. Note 5] auch den Bürgen forthaften), v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. VII S. 346—348 (1865); Seuff. Arch. IX. 253. Eine mittlere Meinung unterscheidet zwischen der alten und der theodosischen Verjährung; jener schreibt sie die stärkere Wirkung zu, dieser die schwächere. So Unterholzner Schuldverhältnisse I S. 528, Brinz I S. 164. 165, Dernburg Pfandrecht II S. 587, während Demelius Untersuch. S. 64 fg. zwar der alten Verjährung mit Bestimmtheit die stärkere Wirkung beilegt, in Betreff der späteren aber die Frage offen läßt. Dagegen namentlich Bekker a. a. O. S. 424 fg.

[4] Man schreibt der s. g. naturalis obligatio alle Rechtswirkungen zu, welche überhaupt einer Obligation zukommen, mit Ausnahme des Klagerechts. Das Richtige ist, daß sie alle diese Rechtswirkungen haben kann, ohne sie nothwendigerweise zu haben. Unter den Vertheidigern der schwächeren Wirkung finden sich denn auch Solche, welche wenigstens keine Gegenrechnung gegen Forderungen des Schuldners nach vollendeter Verjährung zulassen wollen, so Mühlenbruch II §. 481, Unterholzner Verjähr.-Lehre II §. 258. Schuldverhältnisse I §. 247. Keller §. 89 will auch constitutum und Bürgschaft ausschließen. Andererseits lassen Vertheidiger der stärkeren Wirkung die Obligation nach der Verjährung gerade für die Bürgschaft fortdauern (Bekker und Schwanert in Note 3). In Betreff der Fortdauer des Pfandrechts s. die folgende Note, und s. ferner Note 5a.

[5] Diese Ansicht hat zwei Hauptquellen, welche sich freilich nicht bei allen ihren Vertheidigern in gleicher Weise geltend machen, welche ihr aber abgegraben werden müssen, wenn sie nicht immer wiederkehren soll. 1) Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insoweit es ohne Klage bestehen kann, unberührt. Dieses Argument trifft uns nicht, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den Anspruch sehen; vgl. Windscheid die Actio S. 31—41. Die Widerlegung derjenigen, welche von Klagenverjährung reden, kommt auch hier wieder (vgl. §. 107 Note 5) auf das Nämliche hinaus. 2) Es ist nicht zu leugnen, daß das natürliche Rechtsgefühl die verjährte Schuld nicht weniger als Schuld anerkannt; der rechtliche Mann erfüllt sie, obgleich sie verjährt ist. Es ist auch wahr, daß die naturalis obligatio des römischen Rechts gerade die auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obli-

so viel wird zugegeben werden dürfen, daß freiwillige Erfüllung des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt[5a].

---

gation ist. Aber es ist nicht wahr, das jede auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation auch von dem positiven Recht wenigstens bis zu einer gewissen Grenze anerkannt werde. S. II §. 287. 289. — Unter Dem, was an Quellenzeugnissen für die hier verworfene Meinung beigebracht worden ist, hat bei Weitem den meisten Schein, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt (l. 7 C. de praesc. XXX 7. 39, vgl. l. 2 C. de luit. pign. 8. 31). Aber der Pfandanspruch kann bestehen auch ohne eine außer ihm liegende Forderung, er kann seine Forderung in sich selbst tragen; das römische Recht hat das in solchen Fällen anerkannt, wo die durch das Pfandrecht versicherte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist (l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3), theoretisch aber durch die Annahme vermittelt, daß eine naturalis obligatio übrig bleibe („remanet propter pignus naturalis obligatio", l. 59 pr. cit.); es wird also nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio, sondern Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandrechts, und nicht weiter, angenommen. Dieß gegen Savigny V S. 391 fg., Brinz S. 164 unt. Vgl. §. 225 Num. 2, §. 249 Num. 1. — Wenn man nach den Gründen für die hier vertheidigte Ansicht fragt, so ist zu antworten, daß ein besonderer Beweis für dieselbe nicht geführt zu werden braucht; denn es ist eine entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörliche Einrede nicht die ganze Obligation wegnimmt (Wächter II §. 119 Note 2). Diese Ansicht ist also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist, und dieser kann nicht geführt werden. Was den aus der Fortdauer des Pfandrechts gezogenen Beweis angeht, s. zuvor; gegen die Argumentation aus l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6 s. Savigny selbst S. 375 fg.; gegen dessen Berufung darauf, daß die Einrede der Verjährung auf dem positiven Rechte, nicht auf dem ius gentium beruhe (S. 377 fg.), spricht die exc. SC[i] Velleiani, der gegenüber Savigny sich nur durch Annahme einer Ausnahme zu helfen weiß, und die exc. legis Cinciae (Vat. Fr. §. 266); wenn man endlich geltend macht, daß Exceptionen nicht verjähren, so hat dieser Satz nicht den Sinn, daß auch das den Exceptionen zu Grunde liegende Recht nicht durch Verjährung verloren werden könne. Von der andern Seite ist zuzugeben, daß die für die hier gebilligte Ansicht angeführten Quellenzeugnisse einen vollkommen entscheidenden Beweis für dieselbe nicht enthalten, weder diejenigen, in denen es heißt, daß durch Ablauf der Zeit Befreiung des Schuldners oder Beendigung der Obligation eintrete (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 8 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1 §. 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 §. 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 §. 2 D. de fidei. 46. 1 u. a. m.), weil es bei diesen Stellen theils nicht sicher ist, daß sie von der Verjährung handeln, jedenfalls aber mit ihrem Ausdruck Fortdauer einer naturalis obligatio verträg-

Mit der hier behandelten Frage steht eine andere in unmittelbarem Zusammenhang, die nach der Verjährbarkeit der Einreden[6]. Einreden als solche sind der Natur der Sache nach der Verjährung nicht unterworfen, da der Berechtigte sie nicht geltend machen kann, wann er will, sondern zu diesem Ende die Erhebung des Anspruchs abwarten muß[7]. Einreden können daher nur in der Weise durch Verjährung beseitigt werden, daß das Recht verjährt, auf welchem sie beruhen, und zwar vollständig, nicht bloß für die Klage. Nach der hier vertretenen Ansicht wird demnach durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht auch die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede beseitigt, wohl dagegen durch die Verjährung des obligatorischen Anspruchs die auf der Obligation beruhende Einrede. Es ist jedoch wohl zuzusehen, ob es auch wirklich nur die Obligation ist, welche die Einrede begründet; hat die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung der Obligation nicht berührt[8].

---

lich ist — noch l. 37 D. de fidei. 46. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 25 §. 1 D. ratam rem 46. 8, bei denen ebenfalls die Beziehung auf eine sonstige Zeitwirkung immerhin möglich bleibt (für l. 37 cit. gibt noch eine andere Erklärung Savigny S. 397 fg.). Dieses letztere Argument haben Unterholzner Verjährungslehre II S. 298 und Puchta Vorles. I S. 471 auch gegen l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5 geltend zu machen gesucht; Andere geben, wie es kaum anders möglich ist („temporali actione obligatum"), zu, daß dieselbe von der Verjährung handele. Ist dieß aber der Fall, so will auch die Möglichkeit nicht einleuchten, wie ihr gegenüber die schwächere Wirkung zu halten ist (unbefriedigende Versuche s. bei Savigny S. 401. 402, Schirmer zu Unterh. S. 294, vgl. Demelius Unters. S. 74 fg.; die neueste Stimme dawider Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. I S. 71—73).

[5a] Mit diesem Zugeständniß zurückzuhalten, erscheint gegenüber der II §. 289 Num. 2 angeführten Quellenentscheidung fast unmöglich.

[6] Sömmer rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Gießen 1818) S. 1—52. Unterholzner II §. 156—160. Pfeifer prakt. Ausführungen III. 3. VII. 9. Savigny V §. 253—255. Sintenis I S. 314—315, Unger II S. 510—513, Keller §. 92, Holzschuher I §. 19 Nr. 22. 23.

[7] L. 5 §. 6 D. de doli exc. 44. 4: — „cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur".

[8] Savigny a. a. O. behauptet ohne Grund, daß wenn neben einer Klage eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe. Vgl. Unger II §. 125 Note 44—36, Brinz S. 171. Beispiele: die

## 3. Die unvordenkliche Verjährung*.

### §. 113.

Eine unvordenkliche Verjährung liegt da vor, wo ein Zustand seit Menschengedenken bestanden hat[1]. Daß ein solcher Zustand nicht weiter angefochten werden dürfe, ist in einzelnen Anwendungen bereits im römischen Rechte anerkannt[2]; das canonische Recht faßt die unvordenkliche Verjährung auf als allgemeine Ergänzung der ordentlichen Verjährung für solche Fälle, wo deren Bedingungen nicht vorliegen[3], und in diesem Umfange ist das

---

Einrede des Betrugs hat neben der Klage (dem Anspruch) aus dem Betruge auf Schadensersatz eine selbständige Existenz, daher l. 5 §. 6 D. de dol. exc. 44. 4 (vgl. Windscheid die Actio ꝛc. S. 40 Note 5, aber auch Savigny S. 431 unt.); dagegen ist die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft hat (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1), nur darauf gegründet, daß er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann. Ebensowenig hat eine selbständige Existenz die Compensationseinrede (s. II §. 350 Note 2), wohl dagegen die s. g. exceptio non adimpleti contractus; dieselbe gründet sich nicht darauf, daß der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, daß er gegen die Absicht des Vertrages verstoße, wenn er fordere, ohne seinerseits zu leisten (s. II §. 321 Note 2). Die Durchführung der hier gemachten Unterscheidung ist übrigens das Schwierige in dieser Lehre. Ueber l. 5 und 6 C. de exc. 8. 36 s. Savigny S. 432—435. Seuff. Arch. I. 159, VII. 145, XXI. 7, XXIV. 4. 6. S. auch II §. 350 Note 2 und III §. 585 Note 7a.

* Unterholzner I §. 140—150. Kritz exegetisch-praktische Abhandlungen Nr. 6 (1824). Pfeiffer prakt. Ausführungen II. 1 (1828). Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835). Arndts Beiträge I. 3 (1837). Savigny IV §. 195—201 (1841). Buchka der unvordenkliche Besitz (1841). Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1843). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 8 (1844). Sintenis I §. 51. D.

[1] — „cuius origo memoriam excessit“, l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20; — „an operis facti memoria exstet“, l. 28 D. de prob. 22. 3; — „cuius memoria non exstat“, l. 2 §. 7 cf. §. 1. 3. 4. 5. 8 D. de aqua et aquae 39. 3; — „cuius contrarii memoria non exsistat“, c. 1 de praescr. in VI° 2. 13. §. 113.

[2] Das römische Recht gebraucht dabei den Ausdruck vetustas. L. 1 §. 23 l. 2 pr. §. 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3 — l. 26 eod., l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7 C. de serv. 3. 34 — l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43. 7. Gegen die Beziehung der vetustas auf die Unvordenklichkeit hat sich erklärt Schmidt (von Ilmenau) civil. Abhandl. S. 173 fg. 186 fg. 195.

Institut durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht um so bereitwilliger anerkannt worden, als sich im älteren deutschen Rechte ähnliche Ideen finden[4].

Die unvordenkliche Verjährung sanctionirt alle Zustände der Rechtsausübung[5] und Rechtsnichtausübung (der Freiheit von einer

---

[3] Es wendet auch bereits den Ausdruck praescriptio auf dieselbe an. C. 1 praescr. in VI° 2. 13; s. auch c. 26 X de V. S. 5. 40.

[4] Gegen die Herleitung des Institutes aus dem altgermanischen Rechte (Buchka, Friedländer) s. Pfeiffer Zeitschr. f. deutsches R. VIII. 1. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 66 Note 4, Beseler deutsch. Privatr. S. 170—171. — Anwendungen in Reichsgesetzen: A. B. c. VIII §. 1. 2. c. XXVIII §. 5, R. A. 1548 §. 56. 59. 64, R. A. 1576 §. 105. — Nach der in alter und neuer Zeit vorherrschenden Ansicht soll durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit ein Rechtszustand nicht sowohl begründet, als vielmehr seine Begründetheit (sein Begründetsein durch eine frühere, dem Gedächtniß entschwundene Thatsache) bewiesen, außer Zweifel und Streit gestellt werden. Dafür unter den Neueren namentlich Schelling, Arndts, Savigny, Buchka, ferner Blätter f. RAnwend. in Bayern XXIII S. 17 fg. 33 fg., Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 65. 68. 95 fg.; dawider Unterholzner S. 521—522, und namentlich Pfeiffer II S. 80 fg. VII S. 232 fg. Der Streit ist praktisch gleichgültig (Pfeiffer VII S. 241—244); jedenfalls läßt sich für jene Auffassung kein derartiger Beweis erbringen, daß aus ihr argumentirt werden dürfte. Gegen sie spricht die Unbefangenheit, mit welcher das canonische Recht und die Reichsgesetze den Ablauf der unvordenklichen Zeit unter den Begriff der praescriptio stellen (c. 1 de praescr. in VI° 2. 13, R. A. 1548 §. 56).

[5] Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden auch durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Diesen Sinn hat es, wenn man für die unvordenkliche Verjährung juristischen Besitz erfordert. Vgl. Pfeiffer II S. 12 fg. VII S. 181 fg. Ueber die s. g. res merae facultatis s. dens. II S. 17 fg. 107. VII S. 188 fg. A. L. R. I. 9 §. 505. 506. — Die Ansicht Savigny's, welcher die unvordenkliche Verjährung auf Rechte von publicistischem Charakter beschränken will (IV S. 484. 510. 513 fg.), hat in der Theorie wenig Anklang gefunden (ihr folgt nur Friedländer II S. 67 fg.), und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt; ihr folgt ein Erk. bei Seuff. XIV. 112, vgl. XXI 97, dagegen das. V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120. Umgekehrt wird die unvordenkliche Verjährung gerade bei solchen Rechten für unanwendbar erklärt in dem Erk. bei Seuff. I. 170. Vgl. Pfeiffer VII S. 246—248. — Gegenstände der unvordenklichen Verjährung im Einzelnen: Pfeiffer II S. 106 fg. VII S. 248 fg. Auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse, insofern bei denselben eine dauernde Ausübung möglich ist, findet sie Anwendung. Vgl. II §. 464 Note 4 und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 8 (1855). Seuff.

Last)[6]. Sie setzt voraus, daß der betreffende Zustand ununterbrochen[7] so lange bestanden habe, wie das Gedenken der jetzt[7a] lebenden Generation reicht[8]. Dieses Gedenken beruht aber nicht bloß auf eigener Wahrnehmung, sondern auch auf den Berichten, welche die jetzt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben. Der Beweis der unvordenklichen Verjährung ist also auf ein Doppeltes zu richten: 1) auf das Bestehen des betreffenden Zustandes innerhalb derjenigen Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der jetzt lebenden Generation umfaßt; 2) darauf, daß die jetzt lebende Generation auch durch Mittheilung ihrer Vorfahren von dem Nichtbestehen dieses Zustandes keine Kunde habe[9].

---

Arch. VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, XX. 102; dagegen I. 183. Reallasten: Pfeiffer VII S. 259 fg. — Ausgenommen von dem Erwerb durch unvordenkliche Verjährung sind natürlich solche Rechte, die überhaupt nicht erworben werden können. Pfeiffer II S. 101 fg., Buchka und Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 56 fg.

[6] Pfeiffer II S. 15—16. 113. VII S. 183—184. 187. Seuff. Arch. I. 171, V. 55.

[7] Savigny S. 526, Pfeiffer II S. 22—26. VII S. 194—196.

[7a] Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 27 = Seuff. Arch. XXIII. 208. Vgl. das. XXIII. 209. Anders das. XI. 12.

[8] Das Erforderniß des Titels ist nach dem Begriff der unvordenklichen Verjährung ausgeschlossen; bona fides versteht sich von selbst. Savigny S. 527, Pfeiffer II S. 28—39. VII S. 197—198.

[9] L. 2 §. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. Ueber die letztere Stelle vgl. Glück XXI S. 405 fg., Unterholzner I S. 502, Savigny IV S. 518. 535, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 301—305. Ueber den negativen Theil des Beweises überhaupt s. Pfeiffer II S. 27. 28. §. 10. 11. VII §. 10. 11. Im Besonderen: es ist nicht erforderlich der Beweis positiver Mittheilung von Seiten der Vorfahren über das Bestehen des Zustandes, sondern es genügt der Beweis nicht erfolgter Mittheilung über sein Nichtbestehen. Pfeiffer II S. 48 fg. VII S. 201 fg. Vgl. Seuff. Arch. I. 172. Wird aber die unvordenkliche Verjährung nur ausgeschlossen durch eine auf eigener Wahrnehmung beruhende Mittheilung der Vorfahren über das Nichtbestehen des Zustandes, oder genügt eine Mittheilung der Vorfahren über eine ihrerseits von ihren Vorfahren gemachte Mittheilung und so fort? Die Frage muß nach l. 28 cit. jedenfalls für den in dieser Stelle bezeichneten Fall einer Grundanlage im letzteren Sinne beantwortet werden; bei diesem Fall wollen aber auch stehen bleiben Pfeiffer II S. 76 und Savigny S. 535; dawider Seuff. Arch. XI. 113. Ersatz des negativen Theils des Beweises durch den positiven Beweis des Bestehens des betreffenden Zustandes innerhalb des vorletzten Menschenalters: Pfeiffer VII §. 14, Savigny S. 524, Seuff. Arch. XI. 12.

Als gehörig qualificirte Repräsentanten der jetzt lebenden Generation läßt man in der Praxis schon solche Personen zu, deren Erinnerung wenigstens die letzten 40 Jahre umfaßt[10]. Der Gegenbeweis[11] ist erbracht, wenn bewiesen ist, daß der betreffende Zustand zu einer Zeit, welche innerhalb der letzten zwei Menschenalter liegt[12], nicht bestanden habe; der Beweis des Nichtbestehens des betreffenden Zustandes zu einer Zeit, welche über die letzten zwei Menschenalter hinaus liegt, reicht zum Gegenbeweis nur dann aus, wenn zugleich eine unrechtmäßige Entstehung des Zustandes und deren fortgehender, ununterbrochener Zusammenhang mit dem späteren Zustand nachgewiesen wird[13].

## V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

### A. Begriff und Wesen.

### §. 114.

Juristischen Thatsachen kann aus bestimmten Gründen die ihnen an und für sich zukommende rechtliche Wirkung durch

---

[10] Dieß ist angenommen worden mit Rücksicht auf c. 1 de praescr. in VI°. Unterholzner §. 148, Pfeiffer II S. 21—22. 36—38. VII S. 193—194. 207 fg., Savigny S. 520; Seuff. Arch. III. 116, XI. 12, XIV. 9; XIV. 205. — Beweis durch andere Beweismittel als Zeugen: Unterholzner S. 526. 527, Savigny S. 523—525, Pfeiffer II §. 14. 15. VII §. 14. 15; Seuff. Arch. VII. 6, IX. 121, XI. 12, XXVI. 106.

[11] Ueber den Gegenbeweis überhaupt: Unterholzner S. 527—529, Pfeiffer II §. 16—18. VII §. 16—18, Savigny S. 525 fg.

[12] Nach der Analogie des zu Note 10 Gesagten zu je 40 Jahren gerechnet. Vgl. Savigny S. 524.

[13] Pfeiffer II S. 70—71. VII S. 243—244, Savigny S. 534. Seuff. Arch. XI. 12. 113, XIX. 121, XXII. 13. 14. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI Nr. 28.

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist noch immer: Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Eine neuere Monographie ist: Spaltenstein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1873). Außerdem sind zu bemerken: v. Schröter über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 3 (1833). Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts S. 216—307 (1834). Bekker die Aktionen des römischen Privatrechts II S. 74—105 (1873). Savigny VII §. 315—343 (1848); Glück V S. 392 fg. VI S. 1 fg.; Wächter II §. 124—127, Sintenis I §. 36, Vangerow I §. 175—188.

richterlichen Spruch wieder entzogen werden. Für besondere juristische Thatsachen gelten in dieser Beziehung besondere Grundsätze[1]; es gibt aber auch Grundsätze über die Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt beziehen. Diese Grundsätze bilden die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[2].

Das Charakteristische der Wiedereinsetzung i. d. v. Stand besteht zunächst darin, daß einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird[3]. Diese Thatsache ist unter Umständen eingetreten, unter denen das Recht es nicht zulassen zu dürfen glaubt, daß sie die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung ausübe[4]. Statt ihr aber diese

---

[1] Dahin gehören namentlich die bonorum possessio contra tabulas und die querela inofficiosi testamenti. §. 114.

[2] Der römische Ausdruck ist in integrum restitutio oder integri restitutio. Die Wortfolge restitutio in integrum ist äußerst selten. Savigny VII §. 315. a.

[3] Wenn man, wie gewöhnlich geschieht, bei der Betrachtung der Wiedereinsetzung davon ausgeht, daß sie die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sei, so muß man scharf betonen, daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist. Macht man diese Unterscheidung nicht, so ist jener Ausgangspunkt verwirrend; es stellt sich dann von ihm aus Vieles als zur Wiedereinsetzung gehörig dar, was nichts mit ihr gemein hat, und erst mit Mühe wieder entfernt werden muß. Namentlich die Aelteren wußten eine große Menge von uneigentlichen Restitutionen zu nennen. Man muß sich nur wundern, daß sie zur Wiedereinsetzung nicht auch den Fall rechneten, wenn der Erwerber einer Sache das Eigenthum derselben aus irgend einem Grunde dem früheren Eigenthümer überträgt; auch in diesem Falle liegt — in jenem unbestimmten Sinne — die Wiederherstellung eines früher dagewesenen Zustandes vor. Den hier getadelten Standpunkt theilt noch Burchardi §. 1. — Richtig ist allerdings, daß der Sprachgebrauch der Quellen kein ganz strenger ist, daß sie die Ausdrücke in integrum restituere, in integrum restitutio zuweilen auch für andere Wiederherstellungen früherer Zustände, als diejenigen, um welche es sich hier handelt, gebrauchen. Vgl. l. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 §. 9. 10 D. de post. 3. 1, l. 1 §. 2 D. ad leg. Iul. de ambitu 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51, und die Stellen in Note 6.

[4] Man pflegt jetzt zu betonen, daß die Wiedereinsetzung ihren Grund in der Reaction der Gerechtigkeit gegen die Härten des bestehenden Rechts habe, vgl. namentlich Puchta Instit. II §. 177. Es ist das ohne Zweifel richtig:

Wirkung selbst abzusprechen, überläßt das Recht dieß — und darin liegt die zweite Eigenthümlichkeit der Wiedereinsetzung — dem Richter, und sichert sich damit eine erschöpfende Beachtung der besonderen Momente des einzelnen Falles[5]. — Ein anderer Weg, welchen das Recht hier einschlagen kann, ist der, daß es dem durch das Eintreten der rechtlichen Wirkung Benachtheiligten gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist oder jetzt besteht, einen Anspruch auf Wiederherstellen des früheren Zustandes gibt. Die Verwechslung dieses Falles mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nahe; der Unterschied ist aber der, daß in demselben die Herstellung des früheren Zustandes, wenn sie auch durch richterlichen Spruch erzwungen werden kann, immerhin nicht durch richterlichen Spruch, sondern durch Privatthätigkeit erfolgt, und nicht dadurch, daß der Thatsache, auf welcher der bisher dagewesene Zustand beruht, ihre wirkende Kraft entzogen wird, sondern dadurch, daß das von ihr Gewirkte durch die Er-

---

aber ich glaube nicht, daß damit etwas der Wiedereinsetzung Eigenthümliches bezeichnet ist. Die in integrum restitutio z. B. der Minderjährigen ist eingeführt worden, weil es unbillig erschien, daß der Minderjährige durch seine Rechtshandlungen in Nachtheil komme; aber auch die exceptio SCi Velleiani ist aus keinem andern Grunde eingeführt worden, als weil es unbillig erschien, daß die Frau durch ihre Bürgschaften 2c. in Nachtheil komme. Daß der Schutz der Minderjährigen durch das prätorische Edict eingeführt worden ist, der Schutz der Frauen durch eine civilrechtliche Quelle, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich in jenem Falle mehr, als in diesem, um die Realisirung dessen gehandelt habe, was dem geltenden Recht gegenüber als die höhere Gerechtigkeit erschien. Denn auch der Prätor ist Organ der Rechtsordnung. Aber auf diesem Wege wurde Burchardi (§. 3) ganz consequent zu der Annahme gedrängt, daß die in integrum restitutio eine Sache nicht des Rechts, sondern der Gnade sei. S. dagegen Schröter S. 169 fg., Spaltenstein S. 8 fg., Bekker S. 99 Note 36. Vgl. aber auch Savigny S. 117.

[5] Daß sich der römische Prätor bei der Ertheilung der in integrum restitutio eine besondere Freiheit des Ermessens vorbehalten habe, geht aus l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 1 §. 1 D. de min. 4. 4 hervor, und darauf beruht es auch, daß die i. i. r. ein extraordinarium auxilium genannt wird (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Ebenso wahr ist es freilich, daß bereits der spätere römische Richter eine ganz andere Stellung einnahm (vgl. namentlich Savigny §. 317). Daher „muß bei unbefangener Betrachtung eingeräumt werden, daß dieses Institut des Römischen Rechts weniger, als die meisten anderen einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt" (Savigny S. 113).

zeugung einer anderen rechtlichen Wirkung verdrängt wird (vgl. Note 3). Es handelt sich in diesem Falle um obligatorische Ansprüche gewöhnlicher Art, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch ihren Inhalt unterscheiden[6]; ihre nähere Betrachtung gehört in das Obligationenrecht[7].

## B. Voraussetzungen.

### 1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung.

#### §. 115.

Die erste Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei. Ist eine rechtliche Wirkung gar nicht eingetreten, so ist für die Wiedereinsetzung kein Raum. Aber auch dann ist für dieselbe

---

[6] Ihr Inhalt ist ein restituere; aber es findet bei ihnen keine in integrum restitutio Statt. Doch gebrauchen einzelne Stellen der Quellen bei ihnen auch diesen letzteren Ausdruck (l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 §. 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, vgl. l. 10 §. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8). S. Savigny S. 103 fg.

[7] Was die Stellung der Wiedereinsetzung im Systeme angeht, so weisen Viele (so namentlich Savigny, Puchta, Arndts, Sintenis) derselben ihren Platz in dem s. g. allgemeinen Actionenrecht, in der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hülfe, an. Das ist gewiß nicht richtig, schon deßwegen nicht, weil es sich hier nicht um die allgemeinen Grundsätze für die processualische Hülfe überhaupt, sondern um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hülfe sehr bestimmten Inhalts handelt; aber auch deßwegen nicht, weil für die Wiedereinsetzung der richterliche Spruch, welchen sie erfordert, erst in zweiter Linie charakteristisch ist, in erster aber, daß durch sie juristischen Thatsachen ihre wirkende Kraft wieder entzogen wird. Andere behandeln die Wiedereinsetzung in einem besonderen Kapitel des allgemeinen Theils (z. B. Vangerow), oder als Anhang zu dem gesammten Rechtssystem (z. B. Heise, Seuffert). Auch damit geschieht ihrem Wesen nicht Genüge. Sie gehört in der That in die allgemeine Lehre von den juristischen Thatsachen, deren Wirkungen sie cassirt. Bezöge sie sich bloß auf Rechtsgeschäfte, so würde sie in die Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zu stellen sein; da sie über dieselben hinausgeht (§. 115 Note 8), so ist ihr Platz an diesem Orte. Man kann sagen: es gibt eine Ungültigkeit nicht bloß der Rechtsgeschäfte, sondern auch der juristischen Thatsachen überhaupt, und die Form derselben ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Theilweise zustimmend jetzt Arndts in der 5. Aufl. §. 117 Anm. 1.

kein Raum, wenn eine rechtliche Wirkung zwar an und für sich eingetreten ist, aber das Recht selbst gegen dieselbe in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt[1].

Die eingetretene rechtliche Wirkung muß ferner für denjenigen, welcher die Wiedereinsetzung begehrt, einen Nachtheil[2] zu

---

§. 115. [1] — „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium", l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Als Beispiele werden in dieser Stelle und den folgenden §§. obligatorische Ansprüche angeführt, welche entweder nichtig sind, oder doch von der Art, daß der Beklagte ihnen gegenüber keiner über die Verneinung hinausgehenden Vertheidigung in iure bedarf. Hiernach könnte schon das zweifelhaft erscheinen, ob eine exceptio (im römischen Sinne des Wortes) hinreiche, um die Wiedereinsetzung auszuschließen. S. jedoch dagegen l. 1 C. de filiofam. min. 2. 23, nach welcher die in integrum restitutio nicht gegeben werden soll, wenn die exceptio SCi Macedoniani begründet ist. Und noch weiter geht der Anfang der eben citirten l. 16 pr. D. de min. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem". Von der andern Seite steht aber fest, daß die in integrum restitutio nicht ausgeschlossen wird durch die actio tutelae (l. 45 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 25 l. 39 §. 13 D. de adm. et per. 26. 7, l. 3. 5 C. si tut. vel. cur. 2. 25), nicht durch die actio quod metus causa (l. 9 §. 3. 4 l. 21 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20), während sie der actio de dolo sogar vorgezogen wird (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3), und nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen (vgl. Vangerow I §. 178 Anm. 1 a. E., Spaltenstein S. 31 fg.) Interpretation der l. 16 §. 2 D. de min. 4. 4 thut ihr auch die condictio indebiti keinen Eintrag. Hiernach wird man behaupten müssen, daß jedenfalls ein Ersatzanspruch, von welcher Art alle genannten Actionen sind, als erschöpfender, die Wiedereinsetzung ausschließender Rechtsschutz nicht angesehen werden darf. Dabei kann es den auch keinen Unterschied begründen, daß der Ersatzanspruch nicht bloß als solcher, sondern auch auf Grund eines abgeschlossenen Contracts (römisch: mit einer bonae fidei actio) geltend gemacht werden kann, obgleich auf der andern Seite zugegeben werden muß, daß für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio die dafür gewöhnlich angeführten Stellen (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 54, l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44) einen zwingenden Beweis nicht enthalten. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke Beiträge S. 66, Burchardi S. 99 fg., Schneider S. 224 fg., Savigny S. 143—145, Vangerow I §. 178 Anm. 1, Brinz S. 112, Spaltenstein S. 30 fg., und gegen die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio speciell Ruhstrat Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 260 fg., dafür Spaltenstein S. 154 fg. Vgl. auch Seuff. Arch. XVII. 205.

[2] Die Neueren sprechen mit Vorliebe von einer „Läsion". Die Ausdrücke laesio, laedere sind nicht unquellenmäßig (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2.

Wege gebracht haben. Dieser Nachtheil braucht nicht nothwendigerweise ein Vermögensnachtheil zu sein, obgleich die Wiedereinsetzung den Fall des Vermögensnachtheils hauptsächlich im Auge hat[3]. Vermögensnachtheil ist übrigens nicht bloß erlittener Schaden, sondern auch entbehrter Gewinn[4]; nur kann wegen entbehrten Gewinns dann keine Wiedereinsetzung begehrt werden, wenn durch Vereitelung des Gewinns der Gegner gegen Schaden geschützt worden ist[5]. Es reicht aber nicht jeder Nachtheil zur Wiedereinsetzung hin: der Nachtheil muß nicht demjenigen Nachtheil gegenüber, welcher durch die Aufhebung der rechtlichen Folge für den Gegner entsteht, unverhältnißmäßig gering sein[6].

Die Wiedereinsetzung findet an und für sich Statt gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung[7], und namentlich nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen[8].

---

53, c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, cl. un. de r. i. i. 1. 11), finden sich aber nicht in den Pandekten. In denselben ist die Rede von einem „damnum", welches Jemand erlitten habe, dann davon, daß er „lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus" sei, welche Ausdrücke nicht nothwendig, und regelmäßig nicht, von einem Betruge zu verstehen sind.

[3] Burchardi §. 7. L. 3 §. 6 l. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 8 C. quando app. 7. 64. Vgl. Seuff. Arch. V. 247. Einen andern als Vermögensnachtheil will nur bei der Minderjährigkeit zulassen Spaltenstein S. 27 fg.

[4] L. 7 §. 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27 D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

[5] Wie z. B. bei der Ersitzung. L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 §. 3 D. de usur. 22. 1. Burchardi §. 6, Savigny S. 121—124, Spaltenstein S. 25 fg.

[6] L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. In einzelnen Fällen wird verlangt, daß der Nachtheil nicht bloß relativ, sondern auch an und für sich ein bedeutender sei, l. 49 D. de min. 4. 4 (§. 117 Note 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29 (§. 117 Note 6. f). Daraus mit der herrschenden Meinung (dafür auch das Erk. bei Seuff. XIV. 206) eine Regel zu bilden, erscheint bedenklich. Andere Stellen, welche man hierher zu ziehen pflegt, gehören entschieden nicht hierher, so l. 9 §. 1 D. de min. 4. 4 und l. 1 C. si adv. don. 2. 30, wo den Minderjährigen die Wiedereinsetzung deßwegen versagt wird, weil keine Handlung vorliegt, die nicht auch ein Großjähriger vorgenommen haben würde, ferner l. 1 C. si adv. fisc. 2. 37, wo die Worte „pretio *longe* minore" nicht den Grund der Entscheidung bezeichnen. Vgl. Burchardi §. 8, Vangerow §. 176 Anm., Spaltenstein S. 28 fg.

[7] Burchardi §. 9, Savigny §. 319.

[8] Freilich ist dieß ihre wichtigste Anwendung. Hervorzuheben ist außer-

Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen[9]: Wiedereinsetzung wird nicht gegeben gegen die nachtheiligen Folgen der Arglist[10], gegen Versteigerungen, welche der Fiscus mit den Sachen seiner Schuldner zum Zweck der Befriedignng seiner Forderungen vornimmt[11], gegen die 30- und 40jährige Verjährung[12], gegen die Eingehung einer Ehe[13], und endlich können Descendenten keine Wiedereinsetzung gegen ihre Ascendenten begehren[14].

## 2. Ein rechtfertigender Grund.

### a. Ueberhaupt.

### §. 116.

Die Wiedereinsetzung setzt ferner voraus, daß die benachtheiligende rechtliche Wirkung unter Umständen eingetreten sei,

dem noch ihre Anwendung bei Versäumnissen. Vgl. im Allgemeinen Cod. II. 27—35. Wiedereinsetzung gegen Anerkenntnisse: Seuff. Arch. XVIII. 197; anders XI. 199.

[9] Burchardi §. 10, Spaltenstein S. 36 fg., Vangerow §. 178 Anm. 2, Holzschuher I §. 21 Nr. 5.

[10] L. 9 §. 2. 4. 5 l. 37 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 26 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 43. Gegen Vergehen, die auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen, wird die Wiedereinsetzung nicht versagt, l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 35. Ueber diese Stellen, so wie über l. 9 §. 2. 3 D. de min. s. Savigny §. 321. f. g.

[11] L. 5 C. de fide et iure hastae fisc. 10. 3.

[12] L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39. Savigny III S. 421—423, Vangerow I §. 178 Anm. 2 Nr. 12 (in der 7. Aufl., anders noch in der 6.); a. M. auch Burchardi S. 135—138. Um so weniger gegen die noch längeren Verjährungen und gegen die unvordenkliche Verjährung. In Betreff der letzteren s. Pfeifer prakt. Ausführungen II S. 95 fg. VII S. 245.

[13] Nach katholischem Kirchenrecht, weil die Ehe gar nicht, nach protestantischem, weil sie nur aus gewissen Scheidungsgründen auflösbar ist. Burchardi S. 141 fg., Savigny S. 142—143. Anders bei Verlöbnissen, Seuff. Arch. IX. 39, XVI. 172. Holzschuher I §. 24 Nr. 8.

[14] L. 2 C. qui et adv. quos 2. 42. Seuff. Arch. I. 269. Auf die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit will dieß beschränken Francke Beiträge S. 67. Dawider Spaltenstein S. 37 fg. Ausnahmen: 1) wenn die Wiedereinsetzung gerade gegen das Descendentenverhältniß begehrt wird, l. 3 §. 6 D. de min. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27; 2) im Falle der l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61. Eine dritte Ausnahme hat heutzutage keine Geltung, weil die Stelle, welche sie enthält (Nov. 155) nicht glossirt ist. Vgl. Vangerow I §. 178 Anm. 2 Nr. 1 mit Savigny S. 224—226, Spaltenstein S. 39 fg.

welche ihre Wiederaufhebung als billig erscheinen lassen. Ob dieß der Fall sei, ist, wenn es sich um die nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses handelt, in ausgedehntem Maße in das Ermessen des Richters gestellt (§. 119). Dagegen ist bei Ertheilung der Wiedereinsetzung gegen positive Handlungen der Richter an bestimmte Gründe gebunden, welche er nicht überschreiten darf. Diese sind: Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum[1]; vereinzelt wird in unseren Quellen auch erwähnt eine Wiedereinsetzung gegen Veräußerungen, die zur Beeinträchtigung der Gläubiger vorgenommen worden sind[2]. Der praktisch wichtigste unter allen

---

[1] Aufzählungen der Wiedereinsetzungsgründe finden sich in l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. sentent. I. 7 §. 2. (Die „absentia" ist derjenige Grund, aus welchem sich die spätere allgemeine Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse entwickelt hat, s. §. 118; über „status mutatio" s. die folgende Note.)

[2] §. 6 I. de act. 4. 6. Schröter S. 131—142. Andere sehen in dieser Wiedereinsetzung eine Wiedereinsetzung wegen Arglist, Schneider S. 271—278, Vangerow I §. 177 Anm. Nr. 3. Aber die genannte Stelle beschränkt die Wiedereinsetzung keineswegs auf den Fall, wo der Erwerber an der Unredlichkeit Theil genommen hat. Vgl. Savigny V §. 208. n. Wäre es nothwendig, wie es jedenfalls zulässig ist, die Worte „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis" auf das Vorhergehende, und nicht auf das Folgende zu beziehen, so würde dieser ganze Fall der Wiedereinsetzung für uns ohne Anwendbarkeit sein, da nach heutigem Recht die Veräußerungen des Schuldners nach Eröffnung des Concurses — welche der römischen missio iu possessionem entspricht — nichtig sind. Ueber die Ansicht Huschke's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV S. 49 fg.) in Betreff der genannten Stelle s. II §. 463 Note 1. 15; dieselbe wird getheilt von Spaltenstein S. 16 fg. Dawider Schmidt Pflichttheilsrecht des Patronus S. 96. 97 in der Note. — Antiquirt ist die Wiedereinsetzung gegen den Untergang der Contractsschulden durch capitis diminutio minima (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4. 5). Diese Wiedereinsetzung hatte bereits im römischen Rechte die Natur der Wiedereinsetzung ganz verloren; sie wurde ohne alle Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles nach feststehender Regel ertheilt, und war daher auch der gewöhnlichen kurzen Verjährung nicht unterworfen (Savigny S. 210—212). Im heutigen Recht kann sie überhaupt nicht mehr anerkannt werden, da demselben die Idee der capitis diminutio im Allgemeinen, und so im Besonderen auch der auf diese Idee gegründete Untergang der Schulden, vollkommen fremd ist. Wächter II S 484: „Jedenfalls ging in Deutschland die Sache nie in das praktische Recht über". Nach Savigny a. a. O und Burchardi S. 278 fg. soll diese Wiedereinsetzung schon durch das römische Recht selbst beseitigt sein; dagegen Schneider S. 304—307, Vangerow I §. 34 Anm. 2. §. 187 Anm.,

Wiedereinsetzungsgründen, und derjenige, dessen Theorie von den römischen Juristen am sorgfältigsten ausgebildet worden ist, ist die Minderjährigkeit. Dadurch bestimmt sich die Anordnung im Folgenden[8].

## b. Minderjährigkeit *.

## §. 117.

Minderjährigen wird Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachtheile, in welche sie durch den ihrem Alter eigenthümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind[1]. Gegen rechtliche Nachtheile, welche ihren Grund

Spaltenstein S. 187 fg. Ueberhaupt Mandry das gemeine Familienrecht I S. 386 fg. 414 fg. — Gegen alienatio iudicii mutandi causa hat es eine Wiedereinsetzung wohl nie gegeben, sondern nur einen Entschädigungsanspruch; l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. un. C. eod. 2. 55 beweisen für die Wiedereinsetzung nicht (§. 114 Note 6). Schröter S. 145—149, Spaltenstein S. 18 fg. Jedenfalls ist diese Wiedereinsetzung später weggefallen. Savigny S. 103—105. 212—213. — Gegen zwei andere von Schröter (S. 127. 142—143) angenommene Fälle (wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht und beim SC. Velleianum) s. Schneider S. 257 fg., Vangerow §. 177 Anm. Nr. 1. 2, Spaltenstein S. 14 fg. 74 fg. — Die Aufzählung bei Bekker a. a. O. S. 95 fg., soweit sie wirkliche Restitutionsfälle enthält, ergibt jedenfalls für das geltende Recht andere Restitutionsfälle als die genannten nicht. Im Besonderen vgl. mit l. 38 §. 4 D. de solut. 46. 3 l. 95 §. 1 eod., l. 88 l. 91 §. 4 D. de V. O. 45. 1.

[8] Ueber das chronologische Verhältniß der einzelnen Wiedereinsetzungsgründe s. Burchardi S. 148—150. 212—217, Savigny S. 134—137, Spaltenstein S. 44 fg. 88 fg.

* Dig. 4. 4 de minoribus. Cod. 2. 22 de in integrum restitutione minorum.

§. 117. [1] Der Prätor hatte edicirt: „Quod cum minore quam XXV annis natu gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam" (l. 1 §. 1 D. h. t). Dazu bemerkt Ulpian (l. 1 pr. eod.): „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit . . cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum". — Ueber die Tragweite des Ausdrucks gestum s. l. 7—11 §. 2 D. h. t. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit". Zu dem „quid aliud" gehören auch Versäumnisse, l. 7 §. 11. 12 cit., l. 9 §. 2 l. 38 §. 1 D. h. t. — Wie ist es, wenn die betreffende Thatsache zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Minderjährigkeit liegt? L. 3 §. 1. 2 D. h. t.! Brinz S. 116.

in diesem Mangel nicht haben, welche also auch ein Großjähriger nicht vermieden haben würde, wird ihnen Wiedereinsetzung nicht gegeben[2]. Von der anderen Seite ist mit Bestimmtheit in den Quellen anerkannt, daß Minderjährige durch den Beistand und selbst durch die Vertretung ihrer Vormünder, ja sogar durch die Autorisation der obervormundschaftlichen Behörde, des Anspruchs auf Wiedereinsetzung gegen eine an und für sich nicht gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung nicht verlustig gehen[3].

Wirklich ausgeschlossen wird der Anspruch der Minderjährigen auf Wiedereinsetzung durch die Großjährigkeitserklärung[4], so wie durch eidliche Bestätigung des Geschäfts[5]; außerdem fällt

[2] L. 11 §. 4. 5 l. 24 §. 1 l. 44 D. h. t., l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 42. In l. 9 §. 4 cit. heißt es: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit", und in l. 24 §. 1 cit. wird darauf aufmerksam gemacht, daß eine unbedingte Wiedereinsetzung, gegen jedes nur im Erfolge nachtheilige Rechtsgeschäft, nicht einmal im Interesse der Minderjährigen selbst liege — „ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur". Seuff. Arch. XXIII. 9.

[3] L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 25, l. 4. 5 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 §. 8 l. 49 eod; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Seuff. Arch. II. 197. Deßwegen ist die Wiedereinsetzung auch anwendbar auf Geschlechtsunreife. Man wird jedoch bei gehöriger Vertretung nach l. 49 D. h. t. eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachtheils verlangen müssen (§. 115 Note 6). Vgl. auch l. 7 §. 8 D. h. t. — Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Erstreckung der Wiedereinsetzung ein Hinausgehen über ihren Grundgedanken liegt, welches durch das Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird, und daß namentlich im heutigen Recht, in welchem die Vormundschaft in weit umfassenderem Maße, als nach römischem Recht, der obrigkeitlichen Oberaufsicht unterliegt, „ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution Minderjähriger nicht mehr vorhanden ist" (Savigny S. 149). Vgl. auch Heimbach in Ortloff ꝛc. juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I S. 365 fg.; andererseits Brinz S. 117. 118. — Von der Regel, daß die Autorisation der Obrigkeit die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, gibt es Eine Ausnahme, s. Note 6.

[4] L. 1 C. de his qui veniam 2. 45, l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Die gemeine Meinung stellt den Fall gleich, wenn der Minderjährige zu einer bestimmten Art der Thätigkeit öffentlich autorisirt worden ist. Glück V S. 546—549, Burchardi S. 222—224. Seuff. Arch. V. 138. Vgl. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 24.

[5] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 und dazu Auth. *Sacramenta puberum.* Vgl. I §. 83a Note 4. Die Gültigkeit des Eides setzt Geschlechtsreife voraus. Seuff. Arch. XI. 209, vgl. XIII. 13, aber auch II. 261.

er in einigen besonderen Fällen weg[6]. Will ein Minderjähriger durch die Wiedereinsetzung den erlittenen Nachtheil auf einen anderen Minderjährigen abwerfen, so steht ihm der Grundsatz

---

[6] a) Bei Zahlungen, welche dem Vormunde des Minderjährigen in Folge richterlichen Decrets geleistet worden sind, l. 7 §. 2 D. h. t., l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, §. 2 I. quib. al. 2. 8. A. M. Savigny S. 151. b) Bei einem Darlehn, welches ein in väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger auf Geheiß des Vaters genommen hat, l. 3 §. 4 D. h. t., l. 1 [2] C. de fil. fam. min. 2. 23. Diese Ausnahme, für welche freilich kein innerer Grund spricht, sucht durch Interpretation bez. Emendation zu beseitigen Savigny VII Beil. XVIII. S. dagegen Vangerow I §. 183 Anm. 2 Nr. 4, Spaltenstein S. 105 fg., Mandry das gemeine Familiengüterrecht I S. 400 fg. c) Bei einem Darlehn, welches ein wenigstens achtzehnjähriger Minderjähriger zum Zweck der Befreiung seiner Ascendenten oder anderer von ihm beerbter Personen aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115 c. 3 §. 13. d) Bei einem Vergleiche unter nahen Verwandten (die betreffende Stelle nennt Geschwister) zum Zweck der Beseitigung eines Vermächtnisses, welches ihnen gegenseitig für den Fall des früheren Todes auferlegt worden ist („cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retineatur“, l. 11 C. de transact. 2. 4). e) Keine Wiedereinsetzung wird dem Minderjährigen ertheilt gegen eine Wiedereinsetzung, welche er gegen eine von seinem Vater für ihn, während er Kind ist, gemachte Annahme eines Erwerbes, so wie gegen seine eigene Annahme eines Erwerbes gegenüber der vom Vater für ihn gemachten Ausschlagung erlangt hat, l. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. Vgl. III §. 599 Note 10. f) Gegen den Verkauf von Pfändern wird ihm Wiedereinsetzung nur gegeben, wenn der Schaden, welchen er erlitten hat, ein sehr bedeutender ist, oder Käufer und Verkäufer sich einer gemeinschaftlichen Unredlichkeit schuldig gemacht haben, l. 9 pr. D. h. t., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 2 C. de praed. min. 5. 71. Nach diesen Stellen sind zu erklären einerseits Paul. sentent. I. 9 §. 8, l. 7 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de praed. min. 5. 71, und andererseits l. 38 D. h. t., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 4 C. de reb. alien. 4. 51. Vgl. auch l. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Dernburg Pfandrecht II S. 235 fg.; abweichend Savigny S. 152, theilweise Bachofen ausgewählte Lehren S. 161—170. Spaltenstein S. 98. — Antiqirt sind die Ausnahmen der l. 13 §. 11 C. de iud. 3. 1, l. 1 §. 1 C. de plus pet. 3. 10. Keine Ausnahme enthalten l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22 (Burchardi S. 252, Vangerow I §. 183 Anm. 2 a. E.) und l. 1 C. si adv. don. 2. 30 (§. 115 Note 6). Daß der Minderjährige nicht wiedereingesetzt wird, wenn er sich arglistigerweise für großjährig ausgegeben hat (l. 2. 3 C. si minor se mai. 2. 43), und daß er seinen Anspruch auf Wiedereinsetzung durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit verliert (Cod. 2. 46 si maior factus ratum habuerit), sind keine Ausnahmen, welche sich speciell auf die Wiedereinsetzung Minderjähriger beziehen (§. 115 Note 10, §. 83).

entgegen, daß, wenn für beide Theile gleich viel spricht, der bestehende Zustand aufrecht erhalten wird[7].

Den Minderjährigen sind durch gesetzliche Bestimmung gleichgestellt Gemeinden[8] und kirchliche Corporationen[9].

## c. Zwang, Betrug, Irrthum.

### §. 118.

Die Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwanges ist in bedeutendem Grade dadurch gemindert, daß neben derselben ein Ersatzanspruch gewöhnlicher Art, und zwar nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen den unschuldigen Dritten, aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft Bereicherten, einhergeht[1]. Von der andern Seite darf man nicht so weit gehen, durch diesen Ersatzanspruch die Wiedereinsetzung wegen Zwanges für ganz ausgeschlossen zu halten[2]; sie ist neben demselben sowohl in unseren Quellen ausdrücklich anerkannt[3], als auch für besondere Fälle von entschiedener praktischer Wichtigkeit[4].

---

[7] L. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 11 §. 6 l. 34 pr. D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141, XXVI. 2.

[8] L. 3 C. de iure reip. 11. 29, l. 1 C. de off. eius 1. 50, l. 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 54. Seuff. Arch I. 404, V. 249, XXI. 198, XXVI. 5.

[9] C. 1. 3. 6 X. de i. i. r. 1. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13, c. 1. 2 de r. i. i. in VI⁰ 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Ueber bez. gegen die Erstreckung des Privilegiums der Minderjährigen auf andere juristische und andere bevormundete Personen s. Glück VI S. 23 fg., Burchardi S. 258 fg., Savigny S. 160. 161, Holzschuher I §. 24 Nr. 13. Die Praxis ist der Ausdehnung entschieden geneigt. S. Seuff. Arch. III. 191 (milde Stiftungen); II. 156, III. 191, X. 8, XIV. 191 (Fiscus); III. 190, XIII. 9. 186 (Verschwender); V. 103 (Blödsinnige). Gegen die Erstreckung auf Concursmassen X. 116. 327 (anders in Betreff von Versäumnissen V. 98); gegen die Erstreckung auf Actienvereine VI. 138. Vgl. noch Stobbe deutsches Privatr. I §. 53 Note 5.

[1] Actio quod metus causa. §. 118.

[2] Unter den Neueren vertritt diese Meinung namentlich Puchta §. 100. c. §. 102 c. d. Dagegen Burchardi §. 18. 19, Schröter S. 116 fg., Savigny §. 330 (namentlich Note g), Vangerow I §. 185 Anm. Nr. II., Schliemann Lehre vom Zwange S. 58. 59.

[3] Im Allgemeinen: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul. sentent. l. 7 §. 2; in besonderen Anwendungen: l. 9 §. 4 l. 21 §. 5. 6 D. quod met. c. 4. 2. Die actio in rem der l. 9 §. 4 cit. und der l. 3 C. de his quae vi 2. 20

Auch neben der Wiedereinsetzung wegen Betrugs geht ein Ersatzanspruch, wenn auch nicht gegen den unschuldigen Dritten, einher[5]. Bei ihr kommt aber hinzu, daß ihre Existenz zwar an und für sich sicher, ihre Anwendbarkeit aber in anderen als den in den Quellen ausdrücklich erwähnten Fällen äußerst bedenklich ist, und diese Fälle sind sämmtlich processualischer Natur[6].

---

wird wohl besser als actio Publiciana mit replicatio quod metus causa gegen die exceptio dominii gefaßt. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 19 fg. — Ueber das Zeitverhältniß dieser beiden Rechtsmittel s. Burchardi §. 18, Schröter S. 116 fg., Vangerow §. 185 Anm., Schliemann a. a. O. S. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§. 80*) p. 200—205, Spaltenstein S. 128 fg., welche die Wiedereinsetzung für jünger halten, und Savigny S. 112—116. 191 fg., der sie für älter hält.

[4] Namentlich bei Insolvenz des Gegners, um einen dinglichen Anspruch statt eines bloß persönlichen zu erlangen. Ein anderes Beispiel bietet die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft dar, „wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse, die mit der Erbschaft verbunden sein können" (Savigny S. 195). S. auch Schliemann a. a. O. S. 41 —42. 59, Spaltenstein S. 144—147.

[5] Actio de dolo.

[6] Der Betrug wird als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen bezeichnet in l. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. sentent. I. 7 §. 2. Aber das braucht nicht den Sinn zu haben, daß er in allen Fällen Wiedereinsetzung begründen solle; sonst müßte man auch den Irrthum für einen allgemein wirkenden Wiedereinsetzungsgrund erklären, da derselbe bei Paulus a. a. O. und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 gleichfalls als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen angeführt wird. Es kommt also auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird. Diese sind, wenn man bei dem Sicheren stehen bleibt, l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 33 D. de re iud. 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 nennt den Betrug nicht und kann vom Irrthum verstanden werden, l. 8 §. 1 D. de eo per quem fact. erit. 2. 10 erklärt sich vollkommen aus den Grundsätzen über die Wiedereinsetzung wegen Versäumniß (Francke Beitr. S. 79), die von Vielen behauptete Wiedereinsetzung wegen Betrugs gegen bonae fidei contractus kann nicht bewiesen werden (§. 115 Note 1). Jene sicheren Anwendungsfälle der Wiedereinsetzung wegen Betrugs sind aber sämmtlich processualischer Natur; dieß gilt auch von der sich allerdings ziemlich allgemein ausdrückenden l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 (*vv.* boni praetoris est potius restituere *litem*). Wenn es nun schon überhaupt mißlich ist, Sätze, welche für den Proceß gelten, auf das materielle Recht auszudehnen, so kommt hier ein Anderes hinzu. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen soll die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (infamirende) actio de dolo ausschließen (l. 7 §. 1

Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums findet in dem Gebiete des materiellen Rechts nur in einem einzigen Falle Anwendung, nämlich wenn Erbschaftsgläubiger durch einen entschuldbaren Irrthum bewogen sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung haben geben lassen[7].

### d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse*[1].

### §. 119.

Gegen die nachtheiligen Folgen von Versäumnissen[2] wird Wiedereinsetzung ertheilt in allen Fällen, in welchen das Ver-

---

D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3); so enthalten alle Stellen, in denen eine actio de dolo für zulässig erklärt wird, ein indirectes Zeugniß gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs; vgl. namentlich l. 18 §. 4 l. 38 D. de dolo 4. 3. — Der hier vertretenen Meinung (daß die Wiedereinsetzung wegen Betrugs nur in den in den Quellen speciell genannten Fällen gewährt werden dürfe) sind Schröter S. 128, Vangerow I §. 185 Anm. Nr. III, Sintenis I S. 374, Wächter II S. 843, Spaltenstein S. 147 fg., vgl. auch Bekker Aktionen II S. 84; dagegen Burchardi §. 20, und namentlich Savigny VII §. 332.

[7] Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums wird, wie bereits in der vorigen Note bemerkt wurde, im Allgemeinen erwähnt von Paul. sentent. I. 7 §. 2 und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; in Beziehung auf sie herrscht aber allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß sie über die in den Quellen genannten Anwendungsfälle nicht ausgedehnt werden darf. Diese Anwendungsfälle sind nun wieder vorzugsweise processualischer Natur, und selbst diese größtentheils antiquirt (so vor Allem die im Edicte ausdrücklich erwähnte Wiedereinsetzung gegen denjenigen, der sich falso tutore auctore auf einen Proceß eingelassen hat, l. 1 §. 6 D. quod falso tut. 27. 6, vgl. außerdem Gai. IV. 53. 57, §. 33 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 18 D. de interr. 11. 1, l. 8 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 11 §. 8. 10. 11 D. de interr. 11. 1, l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1). Nicht auf den Proceß bezieht sich nur die bei uns nicht mehr anwendbare l. 3 §. 31 D. ad SC. Silan. 29. 5 (vgl. §. 119 Note 16) und die l. 1 §. 17 D. de sep. 42. 6, welche den im Text bezeichneten Satz ausspricht (l. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9 enthält keinen Wiedereinsetzungsfall). Vgl. Savigny III S. 384 fg. VII §. 331; außerdem Francke Beitr. S. 88 fg., Burchardi §. 21, Vangerow I §. 186 Anm., Spaltenstein S. 163 fg. Seuff. Arch. X. 114, XI. 208, XV. 173. 174.

* Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. Cod. II. 54 ex quibus causis maiores in integrum restituuntur.

[1] Die in den vorstehend genannten Titelrubriken und sonst vorkommende Bezeichnung dieser Wiedereinsetzung als in integrum restitutio maiorum er- §. 119.

säumniß seinen Grund in einem äußeren, nach dem Ermessen des Richters die Wiedereinsetzung rechtfertigenden, Hinderniß hat[3]. Eine Reihe solcher Hindernisse zählen die Quellen ausdrücklich auf.

1. Hindernisse in der Person des Versäumenden. Vor Allem Abwesenheit vom Wohnorte[4]; dieselbe muß aber durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt gewesen sein[5]. Der Abwesenheit wird gleichgestellt die Freiheits-

---

klärt sich aus der verhältnißmäßig geringen praktischen Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwangs, Betrugs und Irrthums. Savigny VII S. 163 Einer historischen Erklärung geben den Vorzug Burchardi S. 148 fg., Spaltenstein S. 46 fg.

[2] Unter den nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses ist besonders wichtig, und deßwegen im prätorischen Edict besonders hervorgehoben (l. 1 §. 1 D. h. t.), die Verjährung. S. außerdem l. 15 §. 2 l. 17 §. 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Vgl. Francke Beitr. S. 68—72.

[3] In dem prätorischen Edict (l. 1 §. 1 D. h. t., die Wortinterpretation bei Savigny S. 165. 166) heißt es nach Aufzählung einer Reihe von besonderen Restitutionsgründen, unter welchen die Abwesenheit der hauptsächliche ist: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit". Die früher herrschende Meinung gab dieser „generalis clausula" (l. 26 §. 1 l. 33 pr. D. h. t.) einen ganz allgemeinen Sinn, und überließ demnach die Wiedereinsetzung überhaupt dem Ermessen des Richters. Andere wollten diese Clausel auf Fälle der Abwesenheit beschränken, welche im Edicte nicht genannt seien. Glück VI §. 471. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß beide Meinungen unrichtig sind, daß die generalis clausula nicht bloß auf Fälle der Abwesenheit, aber auch nicht auf positive Handlungen, und namentlich nicht auf Rechtsgeschäfte, zu beziehen ist. Vgl. besonders Burchardi S. 191 fg., Francke Beitr. S. 73 fg., Savigny S. 167, Vangerow I §. 188 Anm. 1 Nr. III, Spaltenstein S. 71 fg.; Seuff. Arch. X. 113. vgl. 117. Gegen jene zu allgemeine Auffassung der generalis clausula beweist unmittelbar l. 26 §. 9 l. 28 D. h. t.

[4] Seuff. Arch. V. 104.

[5] Das Edict nannte Abwesenheit aus Furcht (begründeter, l. 2 §. 1 l. 3 D. h. t.) und in Staatsgeschäften (l. 4—7 l. 33 §. 1 l. 38 l. 45 D. h. t.). Auf Grund der clausula generalis wurde die Wiedereinsetzung für zuläßig erklärt „quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit" (l. 26 §. 9 D. h. t.), ja auch bei freiwilliger Abwesenheit, „si quis de causa probabili afuerit" (l. 28 pr. D. h. t.). Unter causa probabilis darf man freilich nicht eine „löbliche" Ursache verstehen, wie Savigny (S. 174—176) thut, um dann gegen dieses Erforderniß der Löblichkeit zu polemisiren. Vgl. noch l. 8. 26 §. 1 l. 40 §. 1 l. 42 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 1. 2 C. de ux. mil. 2. 52.

beraubung[6]. Ferner gehört hierher die dem Ungeborenen gewährte Wiedereinsetzung[7]. Daß der Versäumende einen Vertreter hatte, nimmt ihm, abgesehen von dem Falle, wo ein rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erlassen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung nicht[8], wohl, daß er keinen Vertreter hatte, wo er einen hätte haben sollen[9], und nach Analogie dieser letzteren

---

[6] „In vinculis esse", l. 1 §. 1 D. h. t., l. 9. 10 eod. Diesem Fall wird ex clausula generali gleichgestellt, wenn Jemand unter Bürgschaft versprochen hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, l. 28 §. 1 D. h. t. Im Edicte war auch die Kriegsgefangenschaft noch besonders genannt, welche nach der der Abwesenheit ex clausula generali gegebenen Ausdehnung nun unter diese fällt, ferner das in servitute esse (sich thatsächlich im Zustande eines Sclaven befinden). L. 11—15 §. 2 D. h. t.

[7] L. 45 pr. D. de min. 4. 4.

[8] Daß das Vorhandensein eines Vertreters die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, sagt ausdrücklich l. 26 §. 9 D. h. t.: — „et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non". Damit stimmt überein l. 15 pr. D. h. t. (der apud hostes Befindliche wird deßwegen nicht weniger restituirt, weil seinem Vermögen ein Curator gesetzt worden ist) und l. 8 D. de i. i. r. 4. 1 (Wiedereinsetzung, wenn der Vertreter die Appellationsfrist versäumt hat). Diesen Stellen steht nun entgegen, außer l. 8 cit. in ihrem übrigen Inhalt (s. unten), namentlich l. 39 D. h. t. „Is, qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur". Die Ansichten gehen hier auseinander; eine Uebersicht gibt Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 3 S. 68 fg. (s. auch Arndts §. 120 Anm. 3). Savigny (S. 178. 180) ist geneigt mit Burchardi (S. 166 fg.) eine allmälige Entwickelung des Rechts zu größerer Milde anzunehmen. Nach meiner Ansicht ist l. 39 cit., gemäß des eigentlich technischen Sinnes von defendere, von einem rechtskräftigen Urtheil zu verstehen, und aus derselben also lediglich der Satz herzuleiten, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nicht restituirt werden solle, welchen Satz auch l. 8 D. de i. i. r. cit. enthält. So im Resultate auch Fritz a. a. O. (dem aber nicht beigestimmt werden kann, wenn er diesen Satz darauf zurückführt, daß die Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit sich überhaupt nicht auf Urtheile, weil nicht auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten, beziehe), ebenso Spaltenstein S. 55 fg.

[9] L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26 §. 1 l. 28 pr. D. h. t. Das steht mit dem in der vorigen Note Bemerkten nicht in Widerspruch. Der Abwesende kann nicht einwenden: er würde ja auch Wiedereinsetzung haben begehren können, wenn er einen Vertreter gehabt hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Vertreter seine Pflicht nicht erfüllt haben würde. Fritz a. a. O. S. 62 fg. will dieß ohne Grund auf die Wiedereinsetzung ex clausula generali beschränken.

Entscheidung muß ihm die Wiedereinsetzung auch dann versagt werden, wenn er in der Auswahl des Vertreters ein ihm zur Last fallendes Versehen begangen hat.

2. Hindernisse in der Person desjenigen, in Betreff dessen eine Handlung hätte vorgenommen werden sollen: namentlich wieder Abwesenheit und Freiheitsberaubung[10], sodann wenn dessen Belangung in Folge seiner Arglist, oder wegen geschäftlicher Abhaltung, oder wegen einer ihn von der Einlassung entbindenden Eigenschaft[11], oder weil er wahnsinnig, Kind, juristische Person ist, unmöglich gewesen ist[12]. Erforderlich ist aber, daß auch kein Vertreter desselben aufgefunden werden konnte[13].

3. Hindernisse in der Person des Richters, z. B. Verschleppung, Rechtsverweigerung, außerordentliche Ferien[14].

4. Sonstige Hindernisse: so wenn eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt wird, weil der Zustand der dienenden Sache es nicht zuläßt[15]. Es darf nur nicht auch der Irrthum hierher gezählt werden[16].

---

[10] L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 21 §. 1 l. 23 pr. §. 3 eod.

[11] L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 23 §. 4 l. 24. 25. 26 §. 2 eod.

[12] L. 22 §. 2 D. h. t.

[13] L. 21 §. 2. 3 l. 22 pr. l. 26. §. 3 D. h. t. Vgl. §. 4. 5 I. de satisd. 4. 11, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. Savigny VII S. 184.

[14] L. 26 pr. §. 4—7 D. h. t.

[15] L. 34 §. 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 1 §. 9 D. de itinere 43. 19. Ungewißheit der Berufung: III §. 600 Note 16.

[16] Wegen Irrthums (Nichtwissens) wird gegen Versäumnisse Wiedereinsetzung ertheilt in l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, in welcher von einem processualischen Fall die Rede ist, und in l. 3 §. 31 ad SC. Sil. 29. 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu senatusconsulti (Silaniani) aperiri tabulae non potuerunt“. Wollte man aus dieser (heutzutage unanwendbaren) Entscheidung eine allgemeine Regel machen, so würde namentlich die Anspruchsverjährung einen großen Theil ihrer Bedeutung und ihres Nutzens verlieren. S. auch l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 86 und vgl. §. 118 Note 7. Auf den Ausschluß des Irrthums bezieht sich der in den Text aufgenommene Zusatz: „äußeres“ Hinderniß.

## C. Die Wiedereinsetzung selbst.

### §. 120.

Begehrt werden kann die Wiedereinsetzung durch den Verletzten und seine Rechtsnachfolger, Gesammt-[1] wie Sondernachfolger[2].

Begehrt werden kann sie gegen denjenigen, zu Gunsten dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, und gegen seine Gesammtnachfolger. Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb anderer Art auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann die Wiedereinsetzung nur dann begehrt werden, wenn diese Personen bei dem Erwerbe die Begründetheit der Wiedereinsetzung gekannt haben, oder ohne Wiedereinsetzung ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann[3]; nur die Wiederein-

[1] L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18 §. 5 D. de min. 4. 4; vgl. l. 3 §. 9. 10 eod. §. 120.

[2] D. h. die Sondernachfolger in den Wiedereinsetzungsanspruch; der Anspruch auf Wiedereinsetzung kann cedirt werden, wie jeder andere Anspruch, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. l. 25 D. de admin. 26. 7, l. 20 §. 1 D. de tutelae 27. 3. Dagegen wäre es vollkommen ungerechtfertigt, wenn man den Anspruch auf Wiedereinsetzung auch dem Sondernachfolger in ein Recht zugestehen wollte, welches durch eine rechtliche Wirkung geschmälert worden ist, gegen die der Rechtsurheber Wiedereinsetzung hätte begehren können (Beispiel: Eigenthum — Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit). — Ebensowenig kann der Anspruch auf Wiedereinsetzung durch den Bürgen geltend gemacht werden, l. 7 §. 1 i. f. D. de exc. 44. 1 (wo zuerst von der exc. legis Plaetoriae, dann von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen die Rede ist); vgl. l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3. Eine andere Frage ist es, ob die dem Verletzten ertheilte Wiedereinsetzung auch seinem Bürgen zu Gute kommt; s. Note 18. Ueber das Ganze: Burchardi S. 398—416, Savigny S. 216—222, Vangerow §. 179 Anm., Spaltenstein S. 193 fg.

[3] Daß die Wiedereinsetzung bald in rem, bald nur in personam ertheilt werde, sagt Paul. sentent. I. 7 §. 4. Die im Text aufgestellte Regel spricht am Entschiedensten aus l. 13 §. 1 l. 14 D. de min. 4. 4 (wo als Fall, in welchem ohne Wiedereinsetzung gegen den Dritten der Verletzte nicht zu dem Seinigen gelangen würde, namentlich der hervorgehoben wird, wenn der zunächst Betheiligte zahlungsunfähig sei). Diesen Stellen gegenüber darf l. 17 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6 beschränkend interpretirt werden, was bei l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, die einen ganz anderen Gesichtspunkt hervorheben will, ohne alles Bedenken ist; l. 30 §. 1 D. ex quib. caus. mai. von einer Wiedereinsetzung gegen den Dritten zu verstehen, ist in keiner Weise noth-

setzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten gewährt[4]. Dritte, welche das dem Verletzten Fehlende ohne allen Rechtsgrund in Händen haben, können natürlich auf bessere Behandlung keinen Anspruch machen[5].

Begehrt werden muß sie bei dem, nach den Regeln des Proceßrechtes zuständigen, Richter[6]. Derselbe entscheidet nicht, ohne vorher dem Gegner Gehör gestattet zu haben[7]. Ist nach ertheilter Wiedereinsetzung noch ein Rechtsstreit zwischen den Parteien übrig[8], so ist derselbe in einem besonderen Verfahren zu erledigen; er kann aber auch sogleich mit dem Wiedereinsetzungsverfahren verbunden werden[9].

Begehrt werden muß die Wiedereinsetzung binnen einer

---

wendig. Die Wiedereinsetzung gegen den Pfandverkauf (l. 2 C. de praed. min. 5. 71) ist keine Wiedereinsetzung gegen den Dritten. Vgl. übrigens auch die anderen bei §. 117 Note 6. f citirten Stellen. Die Meinungen gehen auch hier sehr auseinander. Vgl. Burchardi S. 416—420, Savigny S. 223. 269—273, Wetzell disput. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit. Marb. 1850, Wächter II S. 847, Arndts §. 123 Anm., Spaltenstein S. 198 fg.

[4] Nach Analogie der actio quod metus causa und nach l. 3 C. de his quae vi 2. 20.

[5] Seuff. Pand. III §. 665 Note 28, Arndts §. 123 Anm.

[6] Burchardi §. 28, Savigny §. 334, Spaltenstein S. 201 fg.

[7] L. 13 pr. l. 29 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. dot. 2. 34, Nov. 119 c. 6.

[8] Was nicht nöthig ist, z. B. wenn der Minderjährige gegen ein ihn beschwerendes Kaufgeschäft wiedereingesetzt wird. Umgekehrt kann die Wiedereinsetzung auch gerade die Absicht haben, einen Rechtsstreit erst möglich zu machen, z. B. wenn sie gegen den Ablauf einer Anspruchsverjährung ertheilt wird.

[9] Die Neueren unterscheiden danach zwischen iudicium rescindens und iudicium rescissorium; der letztere Ausdruck ist quellenmäßig (abwechselnd gebraucht mit iudicium restitutorium oder actio restitutoria), nur nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt, vgl. l. 16 C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 8 §. 7 12. 13 D. eod. 16. 1. Nach dem classischen römischen Recht bildete die Trennung beider Verfahren die Regel, da die Wiedereinsetzung nur vom Magistratus ertheilt werden konnte (l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2. 2, vgl. Voigt condictiones ob causam S. 777 Note 728, auch Rudorff Zeitschr. f. RGesch. IV S. 94. 95), und derselbe einen gewöhnlichen Rechtsstreit nur in außerordentlichen Fällen entschied. Vgl. über das Ganze Burchardi §. 24—26, Savigny §. 337, Spaltenstein S. 203 fg.; auch Voigt a. a. O. S. 776 fg.

vierjährigen Frist[10]. Dieselbe läuft von dem Tage an, wo der Wiedereinsetzungsgrund weggefallen ist[11], für die Wiedereinsetzung von Gemeinden und kirchlichen Korporationen von dem Tage der Verletzung an[12]. Gegen den Ablauf dieser Frist kann, wenn ein rechtfertigender Grund vorliegt, wieder Wiedereinsetzung begehrt werden[13], jedoch, wenn der rechtfertigende Grund erst ein-

---

[10] An die Stelle des früheren annus utilis hat Justinian ein quadriennium continuum gesetzt, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 (Zwischenrecht in l. 2 C. Th. de integr. rest. 2. 16). Uebrigens ist es nicht unbestritten, daß das genannte Gesetz sich auf alle Restitutionsfälle beziehe, vgl. Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 1, Spaltenstein S. 210 fg. Die Bestimmung, daß binnen dieser Frist das Wiedereinsetzungsgesuch nicht bloß angebracht, sondern auch erledigt sein müsse, hat die Praxis beseitigt. Glück V S. 445, Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 3. Vgl. über die Verjährung des Anspruchs auf Wiedereinsetzung überhaupt Unterholzner Verjährungslehre II §. 151—155, Burchardi §. 27, Savigny S. 242—264. Seuff. Arch. XXI. 6. — Bekker a. a. O. S. 101 fg. Note 39 bestreitet die Nothwendigkeit der Einhaltung der Frist für den im Besitz Befindlichen. Sein Grund ist, daß der Prätor jedenfalls das „außeredictmäßige" Recht gehabt habe, auch nach Ablauf der Frist die Klage zu verweigern und die Einrede zu bewilligen, und daß dieß auch dadurch nicht anders habe werden können, „daß andere Gerichtsbeamte die Verwaltung der Restitution statt der Prätoren in ihre Hände genommen haben". Mir ist das nicht verständlich; man ist doch darüber einverstanden, daß der Prätor eben eine ganz andere Stellung hatte, als der Richter des Justinianischen und des heutigen Rechts. S. auch Bekker selbst II S. 236 Note 24.

[11] Ausdrücklich vorgeschrieben für die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit und gegen Versäumnisse, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 — bestritten für Zwang, Betrug, Irrthum, vgl. Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 2 in der Mitte. Besonderes für den Fall der Großjährigkeitserklärung in l. 5 pr. C. eod.; über l. 28 §. 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 s. Savigny S. 252 Note a, Spaltenstein S. 215 fg. Kenntniß der erlittenen Verletzung ist zum Beginn der Verjährung nicht erforderlich. Burchardi S. 517 fg., Savigny S. 248 fg., Vangerow I §. 180 Anm. Nr. 2, Spaltenstein S. 212 fg. Seuff. Arch. I. 270, VIII. 10.

[12] C. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Kenntniß der erlittenen Verletzung verlangt auch das canonische Recht (c. 1. 2 de r. i. i. in VI°) nicht. Savigny S. 248—250. A. M. Keil Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 16. Dagegen Vermehren das. XXXIX. 16 (vgl. X. 18). Für das Erforderniß der Kenntniß: Seuff. Arch. III. 191, XI. 204, XIV. 191; dagegen XI. 8.

[13] Von Anderen wird dieß geleugnet wegen l. 20 pr. D. de min. 4. 4, welche aber die Wiedereinsetzung bloß deßwegen versagt, weil ein rechtfertigender

tritt, nachdem die Frist bereits zu laufen begonnen hat, nur binnen der von der Frist noch übrigen Zeit[14].

Die **Wirkung** der Wiedereinsetzung ist Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes[15]. Die Wiederherstellung erfolgt aber nicht bloß zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Wiedereingesetzten, so daß derselbe herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hat, vorausgesetzt daß er es nicht in Folge gerade des Wiedereinsetzungsgrundes wieder verloren hat[16]. Ebenso tritt er in die Verpflichtungen wieder ein, die etwa früher für ihn bestanden haben, und das Gleiche gilt auch für Dritte, wenn diese durch die nun wiederaufgehobene rechtliche Wirkung befreit worden sind[17]. Dem Bürgen des Wiedereingesetzten kommt die Wiedereinsetzung dann zu Gute, wenn er sich nicht mit Rücksicht gerade auf das Wiedereinsetzungsverhältniß verbürgt hat[18].

---

Grund eben nicht vorliegt (§. 119 Note 9). Vgl. auch l. 19 eod., l. 1—3 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 1 de r. i. i. in VI° 1. 21. Savigny S. 258—268, Arndts §. 122 Anm. 3.

[14] Mit anderen Worten: derjenige Theil der Wiedereinsetzungsfrist, welcher verfließt, während ein Wiedereinsetzungsgrund besteht, wird nicht gerechnet. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 5 §. 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Ein späteres Eintreten eines Wiedereinsetzungsgrundes kann namentlich auch so vorkommen, daß der zur Wiedereinsetzung Berechtigte innerhalb der Frist stirbt und einen Erben hinterläßt, in dessen Person ein Wiedereinsetzungsgrun vorhanden ist. Gerade von diesem Falle sprechen die zuvor erwähnten Stellen.

[15] L. 7 §. 5 l. 27 §. 2. 3 l. 33. 40 pr. l. 48 §. 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 §. 2 l. 26 §. 7. 8 l. 28 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 §. 1 C. de reput. 2. 48.

[16] L. 24 §. 4 l. 27 §. 1 l. 40 §. 1 l. 47 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. §. 2 C. de reput. 2. 48.

[17] L. 50 D. de min. 4. 4, l. 48 §. 1 i. f. D. de fidei. 46. 1, l. 1 §. 1 C. de reput. 2. 48; l. 20 pr. D. de tutelae 27. 3.

[18] L. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3 (vv. sine contemplatione iuris praetorii), Paul. sentent. I. 9 §. 6; l. 3 §. 4 D. de min. 4. 3, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 §. 1 D. de except. 44. 1, l. 1. 2 C. de fidei. min. 2. 24. Burchardi S. 569 fg., Savigny S. 217—222, Vangerow §. 183 Anm. 1, Spaltenstein S. 112 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 5.

# Viertes Kapitel.

## Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.

### I. Ausübung der Rechte*.

§. 121.

Bisher sind die Rechte nur von der Seite ihres Daseins betrachtet worden, nicht von der Seite ihrer Thätigkeit. Ihre Bestimmung ist aber die Thätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemäßen Zustand hervorzurufen. Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus[1].

In Betreff der Ausübung der Rechte ist Folgendes zu bemerken.

Es gibt Rechte, welche in der Ausübung zu Grunde gehen, andere, deren Bestand durch die Ausübung nicht afficirt wird[1a].

Die Ausübung eines Rechts ist deßwegen nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat[2]; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden[3].

---

* Wächter II §. 32, Unger I §. 68, Sintenis I §. 27.

[1] Vgl. §. 149 Note 5 §. 152 Note 12 a. E. §. 121.

[1a] Von der letzteren Art sind die dinglichen Rechte, von der ersteren die Forderungsrechte und überhaupt die Ansprüche, mit Ausnahme jedoch der auf ein dauerndes (positives oder negatives) Verhalten gerichteten.

[2] Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in l. 55. 151. 155 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Anwendungen in l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3.

[3] Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgendwelches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen, und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deßwegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr praktisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit bestreitet (so namentlich Wächter II S. 194, Unger I S. 616, Werenberg und Ihering in

Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechts deßwegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechts eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird[4 5], es müßte denn das Recht des Andern einen rechtlichen Vorzug genießen[6]. In besonderen Fällen tritt bei einer solchen Collision eines Rechts mit einem andern Rechte Theilung des Genusses[7], oder Entscheidung durch das Loos ein[8].

---

Jahrb. f. Dog. VI S. 34. 104—106, s. auch die Citate bei Vangerow I S. 297 Anm. Nr. 1; eine Mittelmeinung bei Sintenis I S. 234), und sie auf die speciellen Fälle, in welchen sie in den Quellen erwähnt wird, beschränken will. Die betreffenden Stellen (l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 12 l. 2 §. 5. 9 D. de aqua et aquae 39. 3 vgl. l. 3 pr. D. de op. publ. 50. 10) enthalten keine Andeutung von einer solchen Beschränkung; sie wollen offenbar ein Princip anwenden. Vgl. A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 44. 45. Auch Seuff. Arch. X. 222, XXI. 192. Blätter f. RAnwend. Ergänz.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 308 fg. A. L. R. II. 20 §. 516.

[4] Man spricht in diesen Fällen von Collision der Rechte. Ueber diese Lehre sind zu vergleichen: Thibaut Versuche II. 14 (1798, 2. Aufl. 1817). Hufeland Geist des röm. Rechts II. 7 (1817). Stahl über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826). Kierulff I S. 230—240, Wächter II §. 76, Böcking I §. 128, Unger I §. 70. Vgl. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 312 fg.

[5] Der Gläubiger thut nicht Unrecht, wenn er durch die Eintreibung seiner Forderung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger nimmt. Der Correalgläubiger kann deßwegen nicht weniger seine Forderung geltend machen, weil er dadurch dem andern Correalgläubiger seiner Forderung beraubt. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz: occupantis oder possidentis melior est condicio. Vgl. l. 6 §. 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; l. 2 D. de duob. reis 45. 2; l. 9 §. 4 D. de Publ. act. 6. 2; l. 10 D. de pign. 20. 1; l. 32 D. de proc. 3. 3; l. 33. 126 §. 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50 17, c. 65 de R. I. in VI° 5. 13. In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs die Ausübung eines andern unmöglich gemacht wird, geht schon derjenige vor, welcher zuerst ein Urtheil erlangt hat, l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 10 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 10 l. 4 D. de in rem verso 15. 3.

[6] Widerrechtlich ist es daher z. B. allerdings, wenn ein Weideberechtigter so viel Vieh auf die Weide treibt, daß dadurch die Ausübung einer früher bestellten Weidegerechtigkeit geschmälert wird.

[7] Namentlich bei dem Concurse, so weit sich bei demselben nicht der Vorzug der dinglichen Rechte vor den persönlichen, und der Forderungsprivilegien geltend macht.

[8] L. 5 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 §. 17 D.

Die Ausübung eines Rechts kann beeinträchtigend auch auf ein anderes Recht des nämlichen Berechtigten wirken. Dieß ist bei Ansprüchen der Fall, wenn sie auf Dasselbe gehen; es kann dann nicht für jeden Anspruch Befriedigung begehrt werden, sondern die Befriedigung des einen ist auch die Befriedigung des andern[9]. Auf Dasselbe gehen aber zwei Ansprüche dann, wenn der durch sie zu erreichende Zweck derselbe ist[10]. Identität des verpflichteten Subjects ist dabei nicht erforderlich[11].

---

de fideic. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 gehört nicht hierher; wenn mehrere Vermächtnißnehmer, welche sich einen Gegenstand aussuchen sollen, sich über die Wahl nicht vereinigen können, so liegt nicht eine Collision von Rechten vor, sondern an und für sich Hinfälligkeit des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung seiner Bedingung; an die Stelle dieser Hinfälligkeit hat Justinian die Aushülfe durch das Loos gesetzt.

[9] „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", l. 57 D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 43 §. 1 eod., l. 41 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. So hat der bestohlene Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache 1) aus dem Diebstahl, 2) aus seinem Eigenthum, 3) möglicherweise aus einem Contractsverhältnisse, in welchem er mit dem Diebe steht; aber er kann deßwegen die Sache nicht mehr als einmal fordern, l. 9 §. 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 §. 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Andere Anwendungen in: l. 13 D. de R. V. 6. 1, l. 36 §. 2 D. de H. P. 5. 3, l. 18 l. 27 §. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 §. 1 D. commod. 13. 6, l. 47 §. 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 §. 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 14 §. 13 D. quod met. causa 4. 2; l. 35 §. 1 D. loc. 19. 2, l. 38 §. 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 12 D. de dote prael. 33. 4. — Die herrschende Auffassung spricht hier von Untergang der „Klagen" durch „Concurrenz", obgleich zugestanden wird, daß das, was untergeht, nicht die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs sei, sondern der Anspruch selbst, daß auch der Untergang nicht durch das bloße Zusammentreffen zweier Ansprüche (Klagen) bewirkt werde, sondern durch die Befriedigung des einen. Daß man vom Untergange der Klagen, statt von dem Untergange der Ansprüche, redet, hat auch hier seine Veranlassung in der Auffassung der Römer nach welcher sich der Anspruch als actio darstellt. Vgl. Windscheid die Actio rc. rc. S. 31 fg. mit Kierulff S. 241—268, Savigny V §. 231—236, Wächter II §. 67, Brinz I §. 40, Unger II §. 117. Eine eigene (wenig empfehlenswerthe) Schrift über diesen Gegenstand ist die von Martens: über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856).

[10] Diese Formel, gegen welche ich mich früher erklärt habe (an dem in der vor. Note angeführten Orte) erscheint unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste. Es kommt nicht auf den Inhalt der Willensbestimmung

Die Ausübung eines Rechts läßt regelmäßig Stellvertretung zu; es gibt aber auch Rechte, welche durch Stellvertreter nicht ausgeübt werden können[12]. Wo Stellvertretung zulässig ist, kann die Ausübung eines Rechts einem Andern auch zu seinem eigenen Nutzen überlassen werden. Dieß ist noch in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der Berechtigte nur verpflichtet ist, die an und für sich ihm zustehende Ausübung seines Rechts einem Andern zu gestatten, oder so, daß der Andere ein eigenes, folglich auch gegen Dritte geltend zu machendes, Recht zur Ausübung des fremden Rechts hat. In diesem letzteren Falle ist das

an, auf welche der Anspruch geht, sondern auf den Zweck, welcher durch dieselbe erreicht werden soll. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, welchen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat, nicht beseitigt; die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten, ihm eine Liberalität zu erweisen. Dagegen hat der Anspruch auf Herausgabe des Besitzes einer Sache denselben Zweck, mag er auf Grund des Eigenthums oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, erhoben werden; im ersten Falle geht zwar der Anspruch zunächst auf Herstellung des dem Eigenthumsrechte entsprechenden Verhältnisses, im zweiten auf Erfüllung eines Versprechens, aber der Zweck beider Leistungen ist kein anderer, als der, daß der Berechtigte die Sache besitze. So haben ferner Ansprüche auf Ersatz eines bestimmten Schadens denselben Zweck, mögen sie auf die Delictsnatur der schadenden Handlung, oder auf eine Vertragspflicht gegründet werden. — Keller (§. 83) will Alles auf die Identität der begründenden Thatsache bei Mehrheit der auf für dieselbe zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkte gestellt wissen; aber wie paßt das z. B. auf rei vindicatio und actio commodati? — Ueber die specielle Frage, ob die mehreren Ansprüche auf Strafe, welche aus einer mehrere Strafgesetze verletzenden Handlung entstehen, auf Dasselbe (Strafe) gehen, oder nicht auf Dasselbe (Strafen), s. II. §. 326 Note 8. 9.

[11] L. 5 §. 15 D. comm. 13. 6, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3, l. 1 §. 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 §. 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3. — Was Bülow Lehre von den Proceßeinreden S. 208 fg. als „Ergänzung" der Lehre von der Klagenconcurrenz behandelt wissen will, die exceptio praeiudicii (III §. 616 Num. 1, l. 16 D. de exc. 44. 1), beruht auf einem andern Gedankenzusammenhang. Mit dieser Einrede wird nicht die Befriedigung eines Anspruchs wegen Befriedigung eines andern abgelehnt, sondern es wird verlangt, daß ein zwischen den Parteien bestehender Streitpunkt nicht bei Gelegenheit des Streites über einen andern Punkt zur processualischen Erledigung gebracht werde.

fremde Recht als unkörperliche Sache seinerseits Gegenstand eines Rechts, oder wird doch als solcher gedacht. Vgl. §. 48a[13].

## II. Rechtsverletzung.

### §. 122.

Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten nicht entspricht: eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist. Je nach dem das Recht (der Anspruch) auf ein Thun oder Nichtthun geht, besteht die Rechtsverletzung in einem Nichtthun oder Thun[1]. Daß der Berechtigte den Willen von seinem Rechte Gebrauch zu machen, besonders an den Tag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht[2].

Die Rechtsverletzung kann eine dauernde oder eine vorübergehende sein[2a]. Ist sie eine dauernde, so erzeugt sie einen An-

---

[12] Zu allgemein c. 68 de R. I. in VI° 5. 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum".

[13] Dieses Verhältniß, welches nicht immer gehörig erkannt, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wird, findet namentlich Statt bei der Veräußerung des Nießbrauchs und (nach römischem Rechte) der Forderungsrechte, und bei der Verpfändung unkörperlicher Sachen. S. diese Lehren (I §. 206. 239, II §. 329).

[1] Beispiele: Jemand entzieht dem Eigenthümer den Besitz seiner Sache; auf einem Grundstück, welches mit einer das Bauen verbietenden Dienstbarkeit belastet ist, wird ein Gebäude errichtet; der Schuldner befriedigt seinen Gläubiger zur Verfallzeit nicht. §. 122.

[2] Es kann aber die Erklärung des Berechtigten, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, zur Rechtsverletzung insofern erforderlich sein, als erst durch diese Erklärung bewirkt wird, daß ein dem Recht nicht entsprechender thatsächlicher Zustand vorhanden sei. Dieß ist der Fall bei Ansprüchen (dinglichen oder obligatorischen), welche auf ein Thun des Verpflichteten gehen, ohne die Zeit des Thuns zu bestimmen. Die dadurch gegebene Unbestimmtheit kann durch eine Erklärung des Berechtigten, daß er gerade jetzt Leistung verlange, ausgefüllt werden; bis sie in dieser Weise ausgefüllt ist, kommt sie dem Verpflichteten zu Gute, und es ist bis dahin nicht wahr, daß der Verpflichtete sich nicht verhält, wie der Anspruch von ihm verlangt, eben weil der Anspruch nur auf Thun überhaupt, nicht auf sofortiges Thun geht. Vgl. über den Begriff der Rechtsverletzung namentlich Unger II §. 109; auch Demelius Untersuchungen S. 146 fg. (dawider Unger a. a. O. Note 11).

spruch auf Wiederaufhebung der Verletzung (des verletzenden Zustandes). Dieser Anspruch kann in seinem praktischen Gehalt möglicherweise mit dem verletzten Rechte ganz zusammenfallen, möglicherweise kann sein praktischer Gehalt ein anderer oder ein weitergehender sein[3]. Ist die Rechtsverletzung eine vorübergehende, so kann sie bloß einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Folgen der Verletzung erzeugen, und sie thut dieß nur dann, wenn den Verletzer eine Schuld trifft[4].

Erfolgt die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung oder ihrer Folgen nicht, so darf sich der Verletzte nicht durch Handlungen, welche an und für sich unerlaubt sind, zu dem ihm Gebührenden verhelfen, er muß sich vielmehr klagend an den Staat wenden und diesen um Hülfe angehen. Das Recht zu klagen[5] setzt jedoch ferner voraus, daß in oder nach der Rechtsverletzung ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten sei. Ist dieß nicht der Fall, und der Verletzer erklärt sich auf die Klage sofort bereit, den Kläger zu befriedigen, so wird die Klage als unbegründet zurückgewiesen und der Kläger in die Kosten verurtheilt[6].

---

[2a] Besitz einer fremden Sache, Nichtbefriedigung des Gläubigers; Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache.

[3] Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, welcher ihn nicht zur rechten Zeit befriedigt hat, geht, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist genau auf Dasselbe, wie das Recht oder der Anspruch, der vor der Nichtbefriedigung vorhanden war; er geht auf Befriedigung. Ist der Schuldner in Verzug, so geht der Anspruch auf Befriedigung und Leistung des Interesse wegen der zu späten Befriedigung. Der Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der ihm seine Sache vorenthält, geht auf etwas ganz Anderes, als das dingliche Recht, aus welchem er entstanden ist; dieses hat zum Inhalt die Beherrschung einer Sache, jener Anspruch enthält eine Forderung gegen die Person des Besitzers auf Herausgabe der Sache und die damit zusammenhängenden Leistungen.

[4] Vgl. hierzu Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 162 fg. Jhering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 4—8.

[5] Das Klagerecht in diesem Sinne ist ein Recht gegen den Staat. Man kann unter Klagerecht aber auch ein Recht gegen den Gegner verstehen, die Befugniß, durch Klage zu verfolgen, was man von ihm in Anspruch nimmt. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr &c. &c. §. 11. 12.

[6] Das etwa dennoch erlassene Urtheil hat nur declaratorische Bedeutung. Vgl. Wetzel Civilproceß S. 513 (2. Ausg.). Wenn die Römer dem Be-

Der Staat gewährt Rechtshülfe nicht auf einseitiges Anrufen des Klägers; er hört vorerst den Beklagten. Behauptet dieser, daß das Recht auf seiner Seite und nicht auf der des Klägers sei, so tritt darüber eine Verhandlung ein. Das aus dieser Verhandlung sich ergebende Resultat wird in einem Urtheile zusammengefaßt, und nur wenn dasselbe dem Kläger günstig ist, wird gegen den auch jetzt noch widerspenstigen Beklagten Zwang, die Execution, verhängt[7].

Die Organe, durch welche der Staat zum Zwecke der Realisi- der Rechtshülferung thätig wird, sind die Gerichte. Die Gesammtheit

---

rechtigten „actio" auch ohne Widerstreben des Verletzenden, ja ohne Rechtsverletzung, zuschreiben, so erklärt sich dieß daraus, daß sie als actio den rechtlich anerkannten Anspruch überhaupt bezeichnen, daß für sie „Gerichtsanspruch" der Ausdruck ist für „Rechtsanspruch" (§. 44). Indem die Neueren dieß weniger verkennen, als nicht genügend beachten, nehmen sie auch für das heutige Recht ein concret begründetes Klagerecht (im Gegensatz des abstracten oder eventuellen; gegen diesen Begriff mit unzureichenden Gründen Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 6, s. auch dens. Zeitschr. f. RGesch. IX S. 381 Note 2 wenigstens sofort nach der Rechtsverletzung an, theilweise auch schon bei Nichtbefriedigtheit des Forderungsrechts, die dann aber auch wohl mit der Rechtsverletzung indentificirt wird. Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die sehr aus- und durcheinander gehen: Hase d. J. Rhein. Mus. VI S. 1 fg., Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 36 fg., Kierulff I §. 9. 11, Savigny V §. 205. 239, Sintenis I §. 29. 31, Puchta §. 81. 90 und Vorl. dazu, Wächter II S. 413. 807, Vangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII S. 295 fg. und Pand. I §. 147 Anm., Böcking §. 131. a, Demelius Untersuch. Nr. 2, Arndts §. 96. 107, Brinz §. 48, Unger II §. 113. 116, Reuner (Note 4) S. 158 fg., Bruns in von Holtzendorff's Encyclop. I S. 284 (347) fg. S. auch oben §. 44. Das praktisch Wichtige ist, daß die römischen Grundsätze von der actio richtig angewandt werden, und hier hängt Alles von der Einsicht ab, daß die actio eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt.

[7] Möglicherweise kann das Gericht bloß zu dem Ende angerufen werden, um einen zwischen den Parteien streitigen Punkt festzustellen. Auch in diesem Fall wird heutzutage der Ausdruck Klage gebraucht, obgleich hier Hülfe gegen widerfahrenes Unrecht nicht begehrt wird. Besser paßt der römische Ausdruck actio (actio praeiudicialis), insofern actio zunächst gerichtliche Verfolgung im Allgemeinen bezeichnet. — Von noch anderer Art ist die Anrufung des Gerichts zu dem Ende, daß es eine eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufhebe (in integrum restitutio, querela inofficiosi testamenti). Für diesen Fall ist der Ausdruck Klage heutzutage nicht durchweg üblich; bei der Wiedereinsetzung spricht man von Imploration.

der zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Acte ist der Proceß. Der Proceß muß sich nach gewissen Regeln bewegen; davon ist hier nicht zu reden. Der Proceß hat aber auch Wirkungen nach der Seite des materiellen Rechts; diese Wirkungen gehören hierher (§. 124—132). Nur Eine Lehre des Processes gibt es, welche aus einem unten anzugebenden Grunde hier nicht ganz übergangen werden kann, die Lehre vom Beweise (§. 133).

Vor allem Diesem ist aber noch näher von der Unerlaubtheit der Selbsthülfe zu handeln.

## III. Unerlaubtheit der Selbsthülfe*.

### §. 123.

Man darf nicht den Satz aufstellen, daß die Selbsthülfe als solche unerlaubt sei, d. h. daß jede an und für sich erlaubte oder nicht unerlaubte Handlung dadurch zu einer unerlaubten werde, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen wird[1]. Sondern

---

* Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 21 (1828). Bensey Rhein. Mus. VII. 1 (1835). Sartorius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 1 (1845). Schwarze NArch. X S. 125 fg. (1856). J. Schmitt die Selbsthülfe im röm. Privatrecht (1868). Vangerow I §. 133, Wächter II §. 61, Unger II §. 11.

[1] Anders die früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs, mit Vielen, so namentlich Böcking I §. 129, Unger II §. 111, Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 78; dagegen Puchta §. 80 und Vorles. dazu, Bensey S. 1, Schmitt S. 173 fg., s. auch Briegleb summar. Processe S. 182 fg. 370 fg. In der That läßt sich der Satz, daß die Selbsthülfe an sich unerlaubt sei, aus den Quellen des gemeinen Rechts nicht rechtfertigen (allgemeine Gründe entscheiden nicht, obgleich auch sie eher gegen ein allgemeines Verbot der Selbsthülfe sprechen, als dafür, wie denn namentlich im deutschen Reichsstrafgesetzbuch ein solches Verbot nicht enthalten ist). In den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs war angeführt l. 9 C. sol. matr. 5. 18 und zur Unterstützung l. 176 pr. D. de R. I. 50. 17. Aber die letzte Stelle redet zu unbestimmt, und die erste setzt Eigenthums-, wahrscheinlich auch Besitzverletzung voraus. Mehr Gewicht scheinen l. 13 D. quod met. causa 4. 2 und l. 7 D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7 zu haben, in welchen Stellen allgemein für „vis" erklärt wird, „quotiens quis, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit". Aber diese Wort bilden nur die Motivirung der in der genannten Stelle wirklich enthaltenen Bestimmung, und diese Bestimmung geht nicht auf Selbsthülfe als solche, sondern auf einen bestimmten einzelnen Fall der Selbsthülfe; es ist nicht glaublich, daß die Motivirung einen weiter gehenden Sinn

die Unerlaubtheit der Selbsthülfe darf nur in dem Sinne verstanden werden, daß eine an und für sich nicht erlaubte Handlung dadurch nicht zu einer erlaubten wird, daß sie den Zweck der Selbsthülfe verfolgt[2]. Bloß gewisse Fälle der Selbsthülfe hat das römische Recht mit Strafe bedroht. Der Gläubiger, welcher zum Zweck seiner Befriedigung Sachen seines Schuldners wider dessen Willen und ohne richterliche Erlaubniß wegnimmt, oder den Schuldner zur Hingabe von solchen Sachen nöthigt, verliert sein Forderungsrecht zu Gunsten des Schuldners[3]; ebenso

---

haben sollte, als die Bestimmng selbst. Zu bedenken ist auch, zu welcher Consequenz man nothwendig gelangt, wenn man die Selbsthülfe als solche für unerlaubt erklärt. Diese Consequenz ist der schrankenlose Satz, daß jede Gestaltung der Außenwelt gegen meinen Willen bloß deßwegen, weil sie gegen meinen Willen geschehen ist, auf mein Verlangen rückgängig gemacht werden muß. Denn was mir gewährt wird gegenüber demjenigen, welcher das Recht für sich in Anspruch nimmt, wird mir nicht versagt werden dürfen gegenüber demjenigen, der nicht einmal dieses thut. — Nach dem hier Ausgeführten kann namentlich dem Pächter, welcher von seinem Verpächter auf dem Wege der Selbsthülfe des Besitzes entsetzt worden ist, ein Restitutionsanspruch aus der Selbsthülfe nicht zugestanden werden. Anders das OAG. zu Rostock bei Budde und Schmidt Entscheidungen ꝛc. VI S. 75 fg. und das frühere OAG. zu Wiesbaden bei Seuff. Arch. X. 5.

[2] Vgl. l. 29 §. 1 D. ad leg. Aquil 9. 2. Anders wenn die Handlung zum Zweck der Selbstvertheidigung vorgenommen wird. L. 1 §. 4 l. 3 D. de I. et I. l. 1, l. 41. 29 §. 1 l. 45 §. 4 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 1 §. 27. 28 l. 3 §. 9 l. 17 D. de vi 43. 16, l. 1 C. quando liceat 3. 27, l. 1 C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Vgl. l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 7 §. 4 D. quod vi 43. 24, l. 3 §. 7 D. de incend. 47. 9.

[3] Dieser Satz beruht auf einer Entscheidung des Kaisers Marc Aurel, und ist daher bekannt unter dem Namen des decretum D. Marci. Er kommt in den Quellen zweimal vor, in einer engeren und in einer weiteren Gestalt (in der letzteren ist hinzugekommen die Erwähnung des Zwanges), l. 7 D. ad leg. Iul. de vi privata 48. 7, l. 13 D. quod metus causa 4. 2, l. 12 §. 2 eod. — Einzelnes. a) Sache des Schuldners. Schmitt S. 110 fg. Daß im Sinn des decretum zu den Sachen des Schuldners alle Sachen gezählt werden müssen, an deren Behalten der Schuldner ein rechtliches Interesse hat, wie mit Bensey S. 22 fg. in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs arg. l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47. 8 behauptet worden war, möchte ich nicht mehr wahr halten; der Schluß vom Raub auf mildere Formen der Eigenmacht ist nicht gerechtfertigt. Durch die Novellengesetzgebung ist aber die Bestimmung des decretum auf den Fall ausgedehnt worden, wo der Gläubiger sich an Sachen

verliert der Eigenthümer, welcher seine in fremdem Besitz befindliche Sache dem Besitzer mit Gewalt wegnimmt, sein Eigenthumsrecht zu Gunsten des Besitzers[4]. Diese Strafen sind aber heutzu-

Dritter oder an den Kindern seines Schuldners Recht zu verschaffen sucht. Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7; s. auch Nov. 60 pr. c. 1 pr. §. 1. Schmitt S. 168 fg. b) Gewalt bei der Wegnahme ist nicht erforderlich. Schmitt S. 117 fg. Seuff. Arch. V. 248, vgl. X. 5. Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 31 Nr. 2. Dagegen reicht bloßer Versuch nicht hin. Schmitt S. 110. Seuff. Arch. XII. 4, XV. 97. c) Gegen die Erstreckung auf Geltendmachung von Rechten, die nicht Forderungsrechte sind: Seuff. Arch. XVI. 95, Budde u. Schmidt a. a. O. Nr. 7. d) Untergang ope exceptionis (Schmitt S. 130 fg.), aber vollständiger Untergang ohne Rückbleiben einer naturalis obligatio. Schmitt S. 124 fg. Das Gegentheil behaupten Bensey S. 14 Sartorius S. 44, Schwanert Naturalobligationen S. 474 auf Grund der l. 19 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Allerdings heißt es hier ganz allgemein: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet". Aber die Anwendung solcher abstracter Aussprüche der Quellen auf Fälle, für welche ein besonderer Anhalt nicht vorliegt, erscheint äußerst bedenklich (man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas est" [§. 78 Note 1a] und an l. 7. 8 D. de I. et F. I. 22. 6 [§. 79 Note 14]); der Verfasser jener Stelle hatte ohne Zweifel die Vorschrift des SC. Macedonianum im Auge. Vgl. II §. 289 Note 22. Bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen entsteht die besondere Frage, ob der Schuldner, welche durch die gegen ihn geübte Selbsthülfe frei geworden ist, die Gegenleistung fordern könne (Vangerow I §. 133 Anm.), oder nicht (Burchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Man muß unterscheiden, ob die Selbsthülfe gerichtet war auf Leistung gegen Gegenleistung (z. B. auf Zahlung des Kaufpreises unter Anbietung des Kaufgegenstandes, wie in dem von Burchardi a. a. O. angeführten Fall), oder auf Leistung schlechthin (z. B. Zahlung des Kaufpreises). Im ersten Fall verliert der Gläubiger auch nur das Recht auf Leistung gegen Gegenleistung, d. h. der Schuldner ist zwar an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber er kann aus demselben nicht fordern, ohne seinerseits zu leisten; im zweiten Fall verliert der Gläubiger das Recht auf Leistung schlechthin, d. h. der Schuldner braucht aus dem Vertrage nicht zu leisten, und kann doch aus demselben fordern, bez. behalten was er bereits erlangt hat. Diese Unterscheidung ist zwar in l. 50 D. de A. E. V. 19. 1 nicht gemacht; aber es ist auch eine unbewiesene Annahme, daß diese Stelle sich auf die Strafe der Selbsthülfe beziehe oder mitbeziehe. Vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV S. 355; auch II §. 321 Note 16.

[4] Dieser Satz beruht auf einer Constitution vom Jahr 389, l. 7 C. unde vi 8. 4. Vgl. §. 1 I. vi bon. rapt. 4. 2, §. 6 I. de interd. 4. 15; c. 18 de praeb. in VI° 3. 4, R. G. O. 1521 Tit. 32 §. 2, R. A. 1532 Tit. 3 §. 15. Seuff. Arch. IX. 158. Ist der Wegnehmende nicht Eigenthümer, so wird er um den Werth der Sache gestraft. L. 7 cit. — Einzelnes. a) Unter Be-

tage nicht mehr praktisch; sie sind durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt[4a]. Doch läßt sich von den erwähnten Bestimmungen des römischen Rechts noch in sofern Gebrauch machen, als aus denselben für die in ihnen enthaltenen Fälle ein Ersatzanspruch hergeleitet werden kann[5].

Erlaubt ist die Selbsthülfe, wenn ohne dieselbe ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde[6], so wie nach deutschrechtlichen Grundsätzen soweit das s. g. Pfändungsrecht reicht[7].

---

sitz ist juristischer Besitz zu verstehen, wenn auch die Ansicht Savigny's, daß die l. 7 C. cit. einfach eine Erstreckung des interd. unde vi auf bewegliche Sachen enthalte, nicht zu billigen ist (s. hierüber §. 160 Note 4). Bruns Besitz S. 76. 77, Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI S. 82. A. M. Linde a. a. O. S. 420, Schmitt S. 161 fg. b) Gewaltsame Wegnahme: Schmitt S. 156 fg. Seuff. Arch. IX. 198. c) Der Wegnahme gleichgestellt worden ist der Fall, wo derjenige, dem eine Sache vom Eigenthümer vermiethet oder vergünstigungsweise hingegeben worden ist, ihre Rückgabe verweigert, l. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. loc. 4. 65.

4a Das Reichsstrafgesetzbuch bedroht, wie gesagt, die Selbsthülfe mit Strafe nicht, und nach dem Einführungsgesetz §. 2 Abs. 1 schließt das Reichsstrafgesetzbuch das Landesstrafrecht so weit aus, als dasselbe Materien berührt, welche Gegenstand des Reichstrafgesetzbuchs sind. Nun findet sich zwar in dem Reichsstrafgesetzbuch eine allgemeine die Selbsthülfe umfassende Rubrik nicht; aber dasselbe enthält eine Reihe von Bestimmungen (so z. B. §. 113. 123. 124. 137. 201. 249. 303), durch welche die schwereren Formen der Eigenmacht unter Strafe gestellt werden; damit ist diese Materie geordnet. Vgl. Heinze das Verhältniß des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht (Leipzig 1871) S. 36. 37, v. Bar krit. VJSchr. XIV S. 256. 268 fg. 429 fg. Man wird auch nicht sagen dürfen, daß unter „Landesstrafrecht" bloß die eine öffentliche Strafe verhängenden Bestimmungen zu verstehen seien; eine solche Auslegung wäre willkürlich. — Da übrigens in Betreff der heutigen Geltung der römischen Strafbestimmungen immerhin eine Meinungsverschiedenheit möglich ist, so sind dieselben in diesem Lehrbuch noch ausführlich dargestellt worden. Was die Geltung der römischen Bestimmungen in der Zeit vor dem Reichsstrafgesetzbuch angeht, vgl. Linde a. a. O und die das. Citirten, Seuffert §. 36 Note 5. 16. Seuff. Arch. V. 248, IX. 158, XII. 4, XVI. 191; I. 220; X. 5.

5 Vgl. §. 160 Note 4.

6 L. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

7 Das deutsche Rechtsbewußtsein war von jeher der Selbsthülfe weit weniger abgeneigt, als das römische; das genannte Pfändungsrecht ist das letzte Ueberbleibsel dieses Zuges. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler §. 55, Gerber §. 68—71, Bluntschli §. 102. 103; aber jetzt auch v. Meibom das deutsche Pfandrecht (1867) S. 190 fg. Stobbe krit. VJSchr. X S. 287—290.

## IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*.

### A. Der Beginn des Processes**.

### §. 124.

Schon der Beginn des Processes übt einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus. Dieser Einfluß zeigt sich vorzugsweise in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs. Hiervon wird in diesem §. die Rede sein, von den anderen civilrechtlichen Wirkungen des Proceßbeginns im folgenden.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs macht sich geltend nach einer doppelten Richtung. Einmal wird durch den Proceßbeginn der Anspruch fähig gemacht, Einflüssen zu widerstehen, denen er sonst unterliegen würde; sodann erweitert sich sein Umfang. In der einen und der anderen Richtung ist jedoch die Steigerung des Anspruchs keine absolute, d. h. sie findet nur Statt für diesen Proceß und die in demselben erfolgende Verurtheilung; kommt es in diesem Processe zu einer Verurtheilung nicht, so ist der Anspruch für einen später etwa zu erhebenden Proceß nur so verhanden, wie er vorhanden sein würde, wenn der Proceß gar nicht geführt worden wäre[1].

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs, von welcher hier

---

* Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Recht (1827). Wächter II §. 71—73 und Erörterungen 3. Heft (1846). Buchka die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Bde. (1846. 1747). Savigny System Band VI (1846. 1847).

** Vgl. außer den zuvor citirten Schriftstellern: Keller röm. Civilproceß §. 59—62, Rudorff röm. RGesch. II §. 71. 79. 80, Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II §. 102—104. III §. 153; Kierulff S. 270—284, Vangerow I §. 159. 160, Sintenis I §, 33, Unger II §. 127. 128; Wetzell Civilproceß §. 14; Windscheid die Actio 2c. §. 8. 9.

§. 124. [1] Es liegt ungemein nahe, dieß so auszudrücken, daß man sagt, durch den Beginn des Processes verwandle sich der klägerische Anspruch in einen Condemnationsanspruch, für den dann besondere Grundsätze maßgebend seien. Hiergegen ist aber Zweierlei zu erinnern. 1) Unter Condemnationsanspruch wird man nicht gut etwas Anderes verstehen können, als einen Anspruch auf Condemnation; einen Anspruch auf Condemnation hat aber der Kläger nicht

die Rede ist, hat ihren Grund hauptsächlich in folgender Betrachtung. Der Kläger, dessen Anspruch begründet ist, kann eigentlich verlangen, daß ihm sogleich zu dem Seinigen geholfen werde.

---

gegen den Beklagten, sondern gegen den Richter, und die Einmischung dieses publicistischen, nicht privatrechtlichen, Begriffs ist verwirrend. Will man auch hiervon absehen, so ist doch jedenfalls 2) die Vorstellung abzuweisen, als erfolge die Condemnation des Beklagten, wenn sie erfolgt, nicht auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund eines durch den Beginn des Processes neu entstandenen Anspruchs; der Beklagte wird verurtheilt, weil der von dem Kläger in den Proceß eingeführte Anspruch begründet ist, nicht weil durch den Proceß eine besondere Verpflichtung, sich verurtheilen zu lassen, für ihn entstanden wäre. Will man also eine Verwandlung annehmen, so hat man sich darunter auch nur eine solche zu denken, welche das Alte, indem sie es in seiner Substanz unberührt läßt, bloß ändert, nicht aber eine solche, in welcher das Alte durch Setzung eines Neuen aufgehoben wird. — Für das classische römische Recht war die Idee der Verwandlung in dem hier zurückgewiesenen Sinn durch folgenden Umstand noch näher gelegt. Nach classischem römischen Recht konnte ein Anspruch nicht zweimal den Gegenstand eines Processes bilden: de eadam re ne bis sit actio (Bekker processualische Consumption §. 3. 4 und Aktionen des römischen Privatrechts I S. 334 fg., Krüger processualische Consumtion §. 1, Rudorff röm. RGesch. II §. 78 Note 1). Wurde er in einem zweiten Processe geltend gemacht, so konnte, welches auch das Schicksal des ersten Processes gewesen sein mochte, der Beklagte sich in gewissen Fällen mit der einfachen Negation der Existenz des Anspruchs, in anderen mit einer Einrede (exceptio rei in iudicium deductae) vertheidigen (Gai. III 180. 181. IV. 106—108). Wer also über einen Anspruch Proceß erhoben hatte, erhielt aus demselben ganz gewiß nur, was ihm in diesem Processe zugesprochen wurde, in jeder anderen Beziehung hatte er den Anspruch verloren; er hatte den Anspruch nur noch innerhalb dieses Processes, nicht mehr außerhalb desselben. Von da bis zu dem Satze: er habe den alten Anspruch gar nicht mehr, statt desselben nur noch den Proceß, das iudicium, den dem iudex ertheilten Condemnationsbefehl, war ein leicht zu machender Schritt, und so sehen wir denn auch im römischen Recht in der That die Vorstellung der Novation auftreten. Freilich auch nur die Vorstellung; Consequenzen werden daraus nicht gezogen. Vgl. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; auch l. 2 §. 8 D. de H. v. A. V. 18. 4, Vat. fr. 263. Wenn die Quellen in dem Proceßbeginne sogar ein „contrahere“ erblicken (l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 22 D. de tutelae 27. 3), so muß man sich nur erinnern, in wie weitem und unbestimmtem Sinn sie diesen Ausdruck gebrauchen (vgl. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 1 D. de rel. 11. 7, l. 3 §. 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42, 4, l. 13 §. 3 C. de iud. 3. 1, l. 41 D. de adm. 26. 7 [„dolo contraxit“!]). Nähere Ausführung des hier Gesagten in meiner Schrift über die Actio 2c. §. 8. S. auch l. 83 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Die herrschende

Dieß ist aber wegen der durch den Widerspruch des Beklagten nothwendig gewordenen Verhandlung und richterlichen Prüfung nicht möglich; dieselbe nimmt immer eine gewisse, oft eine geraume Zeit in Anspruch. Soll dadurch der Kläger Nachtheil erleiden? Offenbar ist dieß unbillig, und so erscheint es als das Rechte, daß der Beklagte, wenn es zum Urtheil kommt, dem Kläger auf Alles verurtheilt werde, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit des erhobenen Processes befriedigt worden wäre. Das römische Recht spricht denn auch diesen Satz wirklich aus[2], ist jedoch weit davon entfernt, denselben unbedingt durchzuführen. In der That würde eine unbedingte Durchführung dieses Satzes eine gleiche Unbilligkeit für den Beklagten enthalten, wie diejenige ist, gegen welche er den Kläger zu schützen bestimmt ist. Wenn es recht ist, daß der Kläger keinen Nachtheil davon habe, daß er den Proceß führen muß, ist es

---

Ansicht nimmt es mit der bezeichneten Novationsidee mehr oder minder ernst. S. außer den oben citirten Schriften von Bekker und Krüger über die processualische Consumtion: Keller Litiscontest. §. 8—14 und röm. Civilproceß §. 60. 62, Wächter Erörterungen III. S. 8 fg., Buchka a. a. O. §. 1—7, Savigny §. 258, Bekker Aktionen II S. 177 fg. Jedenfalls ist im Justinianischen Rechte die consumirende Wirkung des Proceßbeginnes abgestorben (l. 18 §. 2. 5 C. de iud. 3. 1, l. 1 pr. C. de plus pet. 3. 10, §. 10 I. de exc. 4. 13, vgl. l. 73 §. 1. 2 D. de iud. 5. 1, l. 27 §. 1 D. de lib. causa 40. 12), obgleich nicht alle Spuren derselben aus der Compilation getilgt worden sind. Savigny VI S. 25, Wächter Erörterungen III S. 35 fg., meine Schrift über die Actio ꝛc. S. 65. 66, Krüger a. a. O. S. 202 fg., Vangerow I §. 160 Anm., Sintenis I §. 32 Anm. 6. Doch ist auch dieß nicht unbestritten, Bekker a. a. O. S. 11 fg. (s. aber auch Aktionen I S. 351), Buchka a. a. O. II S. 1 fg., Wetzell Civilproc. §. 14, Wieding der Justinianische Libellproceß S. 394 fg., Muther krit. VJSchr. IX S. 330—339; auch Kierulff S. 274 fg. Die auch heutzutage geltende s. g. exceptio litis pendentis hat einen ganz anderen Sinn, als die exceptio rei in iudicium deductae; sie macht geltend, daß derselbe Anspruch nicht in zwei Processen zu gleicher Zeit verfolgt werden dürfe.

[2] Ein kürzerer Ausdruck dafür ist: es müsse dem Kläger causa rei geleistet werden. S. §. 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1 l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 91 §. 7 D. de leg. I° 30, l. 35. 75 D. de V. S. 50. 16. Bezeichnend l. 91 §. 7 D. de leg. I° cit.: „causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori". Vgl. auch Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 114 fg.

denn recht, daß der Beklagte einen Nachtheil davon habe, daß er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält? Dieß führt zu folgender Vermittelung. Der Beklagte haftet auf das, was der Kläger bei sofortiger Befriedigung gehabt haben würde, nur: 1) wenn er sonst lediglich durch die Fortdauer des Processes einen Gewinn machen würde[3], 2) wenn ihn eine Schuld trifft. In letzterer Beziehung ist aber zu bemerken, daß gerade durch den Proceß eine Schuld begründet sein kann, welche ohne den Proceß nicht vorhanden sein würde. Und zwar gehört dahin ein Doppeltes. a) Der Beklagte, welcher von seinem Unrecht überzeugt ist und den Proceß dennoch führt, ist eben dadurch in Schuld, daß er den Proceß führt[4]. b) Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muß nach dem Beginn des Processes sich wenigstens das zum Bewußtsein bringen, daß er trotz seiner redlichen Ueberzeugung möglicherweise den Proceß dennoch verlieren könne; er darf daher den Proceßgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist für den Proceßgegenstand verantwortlich wie für einen fremden[5].

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende Regeln.

1. Nach dem Beginn des Processes erstreckt sich der klägerische Anspruch auch auf die von da an durch den Beklagten von dem Proceß-

---

[3] L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1: — „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet". L. 35 §. 1 eod.

[4] L. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere", l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Vgl. Windscheid Heid. krit. Zeitschr. III S. 259; aber auch §. 126 Note 5. Kniep die Mora des Schuldners I S. 73 fg.

[5] Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn die Quellen geradezu sagen, durch den Proceßbeginn werde das redliche Bewußtsein des Beklagten in ein unredliches verwandelt (l. 20 §. 11 l. 25 §. 7 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, vgl. jedoch über diese letztere Stelle Savigny VI §. 264. h), damit jedenfalls zu viel gesagt ist. Vielleicht ist es auch nicht im allgemeinen Sinne gemeint, sondern hat eine specielle Beziehung auf ein antiquirtes Rechtsverhältniß (die improba usucapio pro herede). Vgl. namentlich Savigny VI S. 84 fg. Eine richtige Bezeichnung des Verhältnisses findet sich in l. 10 C. de poss. 7. 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet".

gegenstand gezogenen Früchte. Unbedingt auf diejenigen, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils noch hat. Was diejenigen angeht, welche er zur Zeit des Urtheils nicht mehr hat, so ist zu unterscheiden zwischen dem unredlichen und dem redlichen Beklagten. Der erste haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, wenn der Kläger, falls er ohne Proceß befriedigt worden wäre, dieselben oder ihren Werth jetzt haben würde; der redliche Beklagte haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, nur dann, wenn er sie in Folge seiner Absicht oder seiner Nachlässigkeit nicht mehr hat. Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unredliche Beklagte, wenn der Kläger, der redliche, wenn er selbst bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können[6]. Den Früchten steht der sonstige Zuwachs der Sache gleich[7].

---

[6] Die Stellen, welche von der Verhaftung des Beklagten für Früchte handeln, sagen zum Theil nur ganz im Allgemeinen, daß die Früchte, oder die gezogenen Früchte, herausgegeben werden müssen, so §. 2 in. I. de off. iud. 4 17, l. 17 §. 1 l. 20 l. 35 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 6. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 §. 5 D. si usufr. 7. 6, l. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 2 l. 38 §. 7 D. de usur. 22. 1. Diejenigen Stellen, welche nähere Bestimmungen enthalten wie §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 1 C. de P. H. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, sagen nichts davon, daß der unredliche Besitzer auch für die durch Zufall, und eder Besitzer für die durch seine Nachlässigkeit verlorenen Früchte hafte. Aber das in dieser Beziehung für die Hauptsache Geltende (Note 8. 9) ist auf die Accessionen ohne Weiteres zu übertragen. Was die im Texte bezeichnete Verhaftung des unredlichen Besitzers für die versäumten Früchte (nicht bloß die nicht geernteten, wie Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 fg. will, sondern auch die nicht erzeugten, vgl. Wächter Erörter. I S. 64—68, Schmid Handbuch des gem. bürg. R. I §. 15 Note 108, Vangerow I §. 333 Anm. Nr. II. 1.b, Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 282. 283) angeht, so ist dieselbe eine unmittelbare Consequenz des Satzes, daß der Verzug zur Leistung des vollen Interesse verpflichtet, eine Consequenz, welche in l. 62 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30, vgl. l. 4 C. unde vi 8. 4, ausdrücklich anerkannt ist. Allerdings wird in anderen Stellen auch von dem unredlichen Besitzer gesagt, er hafte für diejenigen Früchte, welche er hätte ziehen sollen, nicht: welche der Kläger hätte ziehen können (l. 5 C. de R. V. 3. 32, §. 2 I. de off. iud. 4. 17, cf. l. 1 C. Th. de fruct. 4. 18); aber es liegt auf der Hand, daß hier die engere Bestimmung aus der weitergehenden corrigirt werden muß, nicht umgekehrt. A. M. namentlich Savigny VI S. 113 fg.; Literaturangaben bei

2. In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist zu unterscheiden, wenn der Proceßgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unversehrtem Zustande, in den Händen des Beklagten, und im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit des Urtheils nicht mehr möglich ist. Der redliche Beklagte haftet auf Schadensersatz, wenn seine Absicht oder seine Nachlässigkeit der Grund der Unmöglichkeit ist[8], der unredliche Beklagte haftet auch für den Zufall, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei rechtzeitiger Befriedigung der Kläger gegenwärtig weder den Proceßgegenstand selbst noch dessen Werth in Händen haben würde[9]. — Nach den gleichen Grundsätzen ist zu enscheiden, wenn während des Processes eine Preisminderung des Proceßgegenstandes eintritt. Der Beklagte haftet für dieselbe, da er an ihr nicht Schuld ist, nur im Falle der Unredlichkeit, und auch in diesem Falle nicht, wenn er beweisen kann, daß der Kläger auch bei rechtzeitiger Befriedigung von dem gleichen Preisverlust würde betroffen worden sein, d. h. daß er die Sache bis jetzt behalten haben würde[10].

---

Vangerow I. §. 333 Anm. Nr. II. 1. c, Unger I §. 56 Note 27, hinzuzufügen Mommsen Mora S. 230—233, Francke a. a. O. S. 283 fg. — Zu den Früchten gehören namentlich auch die Zinsen (§. 144), und daher haftet auch für diese der Beklagte selbst wenn er nicht in Verzug ist, soweit die Gewinnung derselben ihm zugemuthet werden konnte (l. 34 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 1 C. de P. H. 3. 31, l. 20 §. 11 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de us. et fruct. 6. 47). Mit Unrecht wird dieß von Einigen (Wächter Erört. II S. 54 III S. 24, 106, Wetzell Civilproc. I §. 14 Note 72 [76]) bestritten. Vgl. namentlich Savigny VI §. 268—271 (über l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1 s. III §. 612 Note 25, anders Savigny a. a. O. S. 151 fg., dagegen Francke a. a. O S. 272 fg.). Seuff. Arch. II. 148, III. 17, V. 19 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275, XXVII. 12. 66 (sämmtlich für die Proceßzinsen).

[7] L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1 l. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 9 §. 7 D. ad exh. 10. 4.

[8] L. 21 l. 33 l. 36 §. 1 l. 51 D. de R. V. 6. 1.

[9] L. 15 §. 3 l. 16 pr. l. 17 §. 1 l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 §. 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 §. 11 D. quod met. causa 4. 2. Von dem Falle der Unredlichkeit des Beklagten handeln auch, obgleich sie es nicht ausdrücklich sagen, l. 12 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3. Doch gehen die Ansichten hier sehr auseinander. S. das Nähere in der Lehre vom Verzuge (II §. 280 Num. 2).

3. Ansprüchen, welchen durch besondere Vorschrift die Vererblichkeit entzogen ist, gehen nach dem Proceßbeginn auf die Erben des Berechtigten bez. Verpflichteten über[11].

4. Im älteren römischen Recht gab es noch einen anderen hierher gehörigen Satz, nämlich daß der Beginn des Processes den Anspruch gegen die Einwirkung einer erst später vollendeten Verjährung schütze[12]. Im Justinianischen Recht wird durch die Erhebung des Processes eine jede Verjährung unterbrochen[13], d. h. der Proceß bewirkt nicht mehr, daß die vollendete Verjährung nicht schadet, sondern daß die begonnene Verjährung nicht vollendet werden kann[14].

## §. 125.

Die in dem vorigen §. bezeichnete Steigerung des klägerischen Anspruchs ist nicht die einzige Wirkung, welche der Proceßbeginn auf das materielle Rechtsverhältniß ausübt[1].

---

[10] S. II §. 280 Num. 3.

[11] §. 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 26 l. 58 D. de O. et A. 44. 7, l. 29 D. de nov. 46. 2, l. 87 l. 139 pr. l. 164 D. de R. I. 50. 17, l. 1 C. de her. tut. 5. 54. Der Satz gilt nicht für Ansprüche, welche durch ihren Inhalt an diese bestimmte Person geknüpft sind, so nicht für den Anspruch aus dem Nießbrauch, den Anspruch auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, den durch den Begründungsact auf die Person dieses bestimmten Verpflichteten beschränkten Anspruch. Seuff. Arch. IX. 164, XIX. 111. A. M. Heinzerling Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 288 in dem Sinne, „daß der Kosten und der etwa sonst sich an die Verurtheilung knüpfenden Consequenzen wegen“ der Proceß fortgesetzt werden dürfe. Ich halte das für unbegründet.

[12] L. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17; §. 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 18 l. 20 l. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 35 D. de V. S. 50. 16; l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5.

[13] Anerkannt ist dieß für die Anspruchsverjährung (§. 108 Note 4); aber auch für die übrigen Verjährungen muß es behauptet werden, obgleich es hier freilich sehr bestritten ist. S. §. 108 Note 7, §. 213 Note 4, §. 216 Note 12.

[14] Dieser Gegensatz ist auch kein bloß formaler, sondern es knüpft sich eine wichtige praktische Folge an denselben an. Gegen die Einwirkung der vollendeten Verjährung schützte nämlich der Proceß den Anspruch nur für das in diesem Processe erfolgende Urtheil; die Unterbrechung der Verjährung, welche in demselben liegt, wirkt für alle Zeiten. Vgl. l. 1 C. de praescr. l. t. 7. 33.

§. 125. [1] Außer dem im Folgenden Genannten wird als Wirkung des Proceßbeginnes gewöhnlich noch die Verpflichtung desjenigen, qui liti se obtulit,

1. [2]Nach dem Proceßbeginn darf sowohl der Proceßgegenstand als der auf denselben erhobene Anspruch nicht mehr veräußert werden[3], jedoch gilt dieser Satz, was den Proceßgegenstand angeht, nur für den Fall, wo der auf denselben erhobene Anspruch ein Eigenthums- oder Theilungsanspruch ist[4]. Erfolgt die Veräußerung dennoch, so braucht der Beklagte sich mit dem neuen Erwerber nicht einzulassen[5]. Der Kläger kann verlangen, daß

---

(l. 45 D. de H. P. 5. 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6. 1) aufgeführt. An und für sich gewiß richtig; nur wird hier durch den Proceß nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß modificirt, sondern ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen neu begründet.

[2] Vgl. zum Folgenden: Mühlenbruch Cession §. 29. 31 (3. Aufl. 1836). Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts Nr. 2 (1848). Strippelmann Entscheidungen des OAG. zu Cassel V S. 418—441 (1848). Brinckmann Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität (1849). Zimmermann Arch. f. prakt. RW. I Heft 2 S. 3 fg. (1852). Ders. Arch. f. civ. Pr. XXXV. 18. XXXVI. 3 (1852. 1853). Hartter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 14 (1855). Eigenbrodt Arch. f. prakt. RW. VII S. 193—210 (1860). Zaun das. VIII S. 281—297 (1869). Francke Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 30—62 (1864). Sintenis I S. 328—332, Vangerow I §. 160 Anm. Nr. 5, Wetzell Civilproc. §. 6 Anm. 7 fg. §. 14 Anm. 77 fg. (3. Aufl. §. 6 Anm. 14 fg. §. 14 Anm. 38 fg.).

[3] Das ältere römische Recht verbot nur die Veräußerung des Proceßgegenstandes, und (abgesehen von dem Fall der Theilungsklage, s. die folgende Note) nur durch den nicht besitzenden Kläger (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci §. 8, vgl. l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3). Die Unveräußerlichkeit des im Streite befangenen Anspruchs ist als Regel erst von Justinian verfügt worden (l. 4 C. de litig. 8. 37, vgl. jedoch l. 3 eod.; nach l. 4 cit. ist l. 2 eod. interpolirt, vgl. l. 1 C. Th. eod. 4. 5. Gleichfalls erst von Justinian rührt das (allgemeine) Verbot der Veräußerung des Proceßgegenstandes durch den besitzenden Beklagten her (l. 4 C. cit.). Vgl. über das Geschichtliche der Lehre namentlich Bachofen, Zimmermann, Vangerow a. a. OO.

[4] Nov. 112 c. 1; l. 9 D. fin. reg. 10. 1, l. 13. 25 §. 6 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 C. comm. div. 3. 37, l. 3 C. de comm. reb. al. 4. 52. Die von Vielen behauptete Ausdehnung des Verbotes auf andere Fälle des Streites (Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVI S. 59 will alle dinglichen und possessorischen Klagen hierher ziehen, s. auch Sintenis a. a. O. Anm. 11, Wächter II §. 71 Note 31) erscheint nicht gehörig gerechtfertigt. Seuff. Arch. I. 201; vgl. noch III. 23.

[5] S. g. exceptio litigiosi. Gai. IV. 117, l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3, l. 1 §. 1 D. de litig. 44. 6, l. 2 C. eod. 8. 37. Jedenfalls die Veräußerung durch den Kläger ist also nicht nichtig (vgl. Note 6).

der veräußerte Gegenstand an den Beklagten zurückgegeben werde[6], überdieß hat er die Befugniß, das gegen den Veräußerer erstrittene siegreiche Urtheil ohne Weiteres gegen den neuen Erwerber, als wäre es gegen diesen erstritten, geltend zu machen[7]. Dafür hat der Erwerber, wenn er in gutem Glauben erworben hat, gegen den Veräußerer einen Strafanspruch auf den dritten Theil des Kaufpreises bez. des Werthes des veräußerten Gegenstandes[8]. Das Verbot dauert nur so lange, wie der Proceß dauert, hört also auf, wenn derselbe liegen bleibt. Bei gewissen Veräußerungen fällt es ganz weg[9].

2. Durch die Erhebung des Processes wird die Verjährung unterbrochen; nach der Erhebung des Processes ist derjenige Zu-

[6] So versteht man das „redhibere" der l. 4 C. de litig. 8. 37, obgleich diese Stelle doch auch die andere Erklärung zuläßt, daß die Sache an den siegreichen Kläger herausgegeben werden soll. Diese Erklärung liegt bei dem folgenden „irrita rei alienatione facta" sogar viel näher: „wenn die Veräußerung durch den von dem Kläger erstrittenen Sieg rechtsunbeständig geworden ist". Durch das canonische Recht und die Praxis ist aber auch der Grundsatz: ut lite pendente nihil innovetur hierher bezogen worden, vgl. c. 3. 4 X. ut lite pendente 2. 16, c. 10 X. de constit. 1. 2. Eigenbrodt S. 200, Wetzell §. 14 Anm. 80 (41) fg. Möglichkeit richterlicher Sequestration: Wetzell Anm. 84 (45).

[7] So entweder schon nach dem römischen Recht (Note 6), oder jedenfalls nach einer feststehenden Praxis. S. namentlich Zimmerman XXXVI S. 54 fg., Wetzell Civilproceß §. 47 Note 112. — Daß die Veräußerung nichtig sei, ist eine zwar oft aufgestellte, aber nicht zu beweisende Behauptung (vgl. Note 5). S. Wächter §. 71 Anm. 33, Zaun S. 282, Francke S. 51.

[8] L. 4 C. de litig. 8. 37. Diese Stelle droht dem Veräußerer und dem unredlichen Erwerber außerdem eine fiscalische Geldstrafe. Die herrschende Meinung hält die Privatstrafe für heutzutage ebenso unanwendbar, wie die öffentliche Strafe. Jedenfalls ist durch das Reichsstrafgesetzbuch weder die eine noch die andere ausgeschlossen, da dasselbe keine „Materie" berührt, zu welcher die Veräußerung einer im Proceß befangenen Sache gerechnet werden könnte (vgl. § 123 Note 4a).

[9] Der Natur der Sache nach bei rechtlich nothwendigen Veräußerungen, außerdem bei Veräußerungen zum Zwecke der Ausstattung einer Heirath, bei Vergleichen, Erbtheilungen (vgl. Seuff. Arch. III. 22), Vermächtnissen. L. 4 C. h. t., Nov. 112 c. 1. — Die Behauptung, daß das römische Verbot heutzutage ganz unanwendbar sei, ist grundlos. Vgl. Spangenberg Arch. f. civ. Pr. IX S. 408 fg. Vangerow a. a. O. Nr. 7 a. E., Wächter S. 534. 535. Seuff. Arch. III. 21, V. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217.

stand nicht mehr vorhanden, auf dessen ununterbrochener Fortdauer die Verjährung beruht[10].

3. Wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansprüchen oder zwischen zwei verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs zusteht, so kann der Kläger jedenfalls nachdem der Proceß über den einen begonnen hat auf den andern nicht mehr zurückkommen[11]. In gleicher Weise ist der Proceßbeginn entscheidend, wenn verschiedenen Personen ein Wahlrecht zusteht, so daß von mehreren Ansprüchen der eine der einen, der andere der anderen zu Gute kommen soll, oder wenn mehrere Personen in Betreff eines Anspruchs in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, so daß der Anspruch nur von einer soll erhoben werden dürfen; in beiden Fällen geht diejenige Person vor, welche zuerst den Proceß begonnen hat[12]. Wird der Proceß nicht weiter fortgesetzt, so kann dadurch die einmal getroffene Entscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

---

[10] Der Anspruch ist kein unausgeübter mehr, der Besitz kein ungestörter mehr ꝛc. Vgl. §. 124 Note 13 und 14 und die dort gegebenen Citate.

[11] L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. C. de cod. 6. 36. Möglicherweise kann sein Wahlrecht schon früher ausgeschlossen sein, s. z. B. l. 4 §. 2 D. de lege comm. 18. 3. Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 120 fg.

[12] Von dem ersten der genannten Fälle handelt l. 33 D. de leg. I° 30, von dem zweiten l. 11 §. 21 D. de leg. III° 32; ferner gehört dahin der Fall der activen Correalobligation. — Dagegen wird ein dem Beklagten zustehendes Wahlrecht durch den Proceßbeginn nicht alterirt, selbst nicht, wenn der Schuldner in Verzug ist, wie man irrthümlicher Weise namentlich wegen l. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4 angenommen hat. Wächter Erört. III S. 117 Note 64, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III S. 259 fg. Vangerow III S. 21. 22. Anders ist es jedoch in dem Fall, wo eine Verpflichtung nicht auf Eines oder das Andere geht, sondern auf Eines mit der Maßgabe, daß der Schuldner die Befugniß hat, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung durch eine andere Leistung an dieselbe oder eine andere Person, zu entziehen (s. g. facultas alternativa); diese Befugniß verliert er durch den Proceßbeginn. L. 21 §. 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1 (l. 6 §. 1 D. de re iud. 42. 1, l. 20 §. 5 D. de H. P. 5. 3 enthalten eine Besonderheit für Noxalansprüche). Römer Leist. an Zahlungsstatt S. 69 fg.; a. M. Wächter a. a. O. Note 64 a. E., Mommsen a. a. O. S. 262. 263. Vgl. über die ganze Lehre Wächter Erörterungen III S. 115—119; auch Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 120 fg.

## §. 126.

In Betreff der in den beiden vorigen §§. bezeichneten Wirkungen des Proceßbeginns ist noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß der Proceß begonnen habe. Drei Zeitpunkte sind an und für sich möglich: 1) der Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht; 2) der Zeitpunkt der Mittheilung der Klage an den Beklagten, der Zeitpunkt der Ladung; 3) der Zeitpunkt, wo es durch die dem klägerischen Anspruch widersprechende Antwort des Beklagten sicher geworden ist, daß eine weitere Verhandlung nöthig ist, der Zeitpunkt des Streitbeginnes. Das römische Recht hat ursprünglich allein auf den letzten Zeitpunkt Gewicht gelegt[1]; es ist davon jedoch in seiner späteren Entwicklung in wichtigen Beziehungen abgewichen. Unbestritten ist dieß in Betreff des Verbots der Veräußerung des Proceßgegenstandes; nach ausdrücklicher Vorschrift des späteren römischen Rechts greift dieses Verbot bereits mit der Ladung Platz[2].

§. 126. [1] Nach dem Ausdruck des römischen Rechts ist dann lis contestata, liegt litis contestatio vor, welchen Ausdrück die frühere deutsche Jurisprudenz durch den Ausdruck „Kriegsbefestigung" wiedergab. Im classischen römischen Recht trat die litis contestatio äußerlich sehr augenfällig in dem Uebergang der Sache von dem Magistratus an den Judex (ex iure in iudicium) hervor. Im Justinianischen Proceß ist das natürlich weggefallen; jetzt heißt es einfach, litis contestatio sei vorhanden „post narrationem propositam et contradictionem obiectam" (l. 14 §. 1 C. de iud. 3. 1, vgl. l. un. C. de lit. cont. 3. 9). (Besondere Ansicht bei Wieding der Justinianische Libellproceß S. 150 fg., welcher Schriftsteller die litis contestatio auf den Anfang der narratio verlegt. Dagegen Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß III S. 253 und Muther krit. VJSchr. IX S. 177 fg.; gegen diese wieder Wieding das. XII S. 267.) Auch im canonischen Recht und den Reichsgesetzen ist der Begriff der Litiscontestation kein anderer; auf Grund einer nicht gerechtfertigten Auslegung des §. 37 des J. R. A. aber hat sich in der Doctrin die Ansicht geltend gemacht, daß unter Litiscontestation die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen zu verstehen sei, gleichgültig ob in derselben eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs liege oder damit verbunden sei, oder nicht. Bei dieser Lage der Sache thut man besser, für das heutige Recht nicht, wie es hergebracht ist, von den Wirkungen der Litiscontestation, sondern von den Wirkungen des Streitbeginns zu reden. Vgl. Savigny §. 257. 259, Wächter Erörter. III S. 74 fg., Bayer Vorträge §. 180—182, Wetzel Civilproc. S. 104—108 (3. Aufl. S. 117—122).

[2] Nov. 112 c. 1. Die Stelle spricht nur von dem Proceßgegenstand,

Unzweifelhaft ist es in Betreff der Unterbrechung der Anspruchsverjährung; sie tritt ebenfalls mit der Ladung ein[3], und das Gleiche muß für jede andere Verjährung behauptet werden[4]. Aber auch was die gesteigerte Verhaftung des Beklagten (§. 124 Num. 1. 2) angeht, sprechen überwiegende Gründe dafür, daß dieselbe im Sinne des neuesten Rechts bereits mit der Ladung, und nicht erst mit dem Streitbeginn, eintrete[5]. Hingegen sind

---

nicht von dem klägerischen Anspruch; es ist ungerechtfertigt, ihre Bestimmung auf den letzteren zu übertragen. Wächter Erört. III S. 114. 115.

[3] S. §. 108 Note 4.

[4] Insofern man nach neuestem Recht überhaupt annimmt, daß eine jede Verjährung durch die Erhebung des Processes unterbrochen werde, kann es nicht fraglich sein, daß als Zeitpunkt der Unterbrechung der Zeitpunkt der Ladung bezeichnet werden muß. Denn das Hauptargument für die Unterbrechung einer jeden Verjährung ist, daß nach l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 in Falle der Unladbarkeit des Gegners durch die dort näher bezeichnete Protestation nicht bloß die Anspruchsverjährung, sondern jede Verjährung soll unterbrochen werden können. Die Frage ist lediglich die, ob in dieser Vorschrift der Ausdruck des Gedankens gefunden werden dürfe, daß auch im Fall der Erreichbarkeit des Gegners für die Unterbrechung der Verjährung überhaupt das Gleiche gelte, wie für die Unterbrechung der Anspruchsverjährung.

[5] Außer Zweifel ist wieder Eines, nämlich daß der Verzug des unredlichen Beklagten bei persönlichen Ansprüchen bereits mit der Ladung beginnt; denn in ihr liegt, wenn die Mahnung nicht bereits erfolgt ist, eine solche gewiß. Das ist auch nicht erst eine spätere Entwicklung des römischen Rechts, sondern hat von Anfang an gegolten. Schon zweifelhafter ist, ob dieß auch für die dinglichen Ansprüche behauptet werden darf; wenn die obligatorische Lehre vom Verzuge auf diese Ansprüche schlechthin übertragen wird, muß man dann nicht sagen, daß bei ihnen ein Verzug mit seinen Folgen auch schon durch eine außergerichtliche Mahnung begründet werde? Was die Verantwortlichkeit des redlichen Beklagten angeht, so kommt es vorzugsweise auf zwei Stellen im Titel der Pandekten de hereditatis petitione an, l. 20 §. 11 und l. 25 §. 7, vgl. l. 20 §. 6 eod. In denselben heißt es, daß das unredliche Bewußtsein (nach der oben §. 124 Note 5 gegebenen Berichtigung: das Bewußtsein möglichen Unrechts) bereits mit der Ladung beginne. S. namentlich l. 25 §. 7 cit.: — „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur“. Die Frage ist, ob diese Stellen ein singuläres Recht für die Erbschaftsklage enthalten (daß sie auch für diese nur rechtshistorische Bedeutung hätten, wie Savigny VI S. 93. 94 behauptet, ist gewiß nicht richtig), oder ob sie einen allgemein gültigen Satz in Anwendung auf die Erbschaftsklage aussprechen. Für das Letztere scheint namentlich

die übrigen Wirkungen des Proceßbeginnes sowohl nach römischem Recht immer an den Beginn des Streites geknüpft geblieben[6], als auch nach heutigem Rechte bei diesem Anfangspunkt zu belassen; ein Grund, welcher es rechtfertigte, sie auf die Ladung, oder gar auf die Einreichung der Klage, zu übertragen, liegt nicht vor[7].

---

l. 25 §. 7 cit. ein überwiegendes Gewicht in die Wagschale zu legen. Dazu stimmt auch, daß nach §. 2 I. de off. iud. 4. 17 die Verantwortlichkeit des Beklagten „post inchoatam petitionem" beginnen soll. Beginnt aber nun hiernach im Sinne des Justinianischen Rechts die Verantwortlichkeit des redlichen Beklagten bereits mit der Ladung, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch für den Verzug des unredlichen das Gleiche gelten muß. Vgl. namentlich Wächter Erörter. III S. 108—110. 131—134, Savigny VI S. 92—95, Buchka II §. 15.

[6] Eine vereinzelte Ausnahme in l. ult. C. de cod. 6. 36. Das Gegentheil wird von Manchen auch für das Vererblichwerden der Strafansprüche behauptet, auf Grund der l. 33 D. de O. et A. 44. 7. Diese Stelle darf aber auf Privatansprüche überhaupt nicht bezogen werden. Vgl. l. 20 i. f. D. de accus. 48. 2, und über die verschiedenen Ansichten Wächter Erörter. III S. 112. 113, Savigny VI S. 19—21, Buchka II S. 63 fg., Vangerow I §. 145 Anm. Nr. III.

[7] Die Bestimmung der K. G. O. II. 9 §. 7, daß bei Landfriedensbruchsachen nach ihrer Anhängigmachung bei dem Kammergerichte die Verpflichtung zum Ersatz und zur Privatstrafe auf die Erben übergehen solle, darf nicht ausgedehnt werden. Wächter Erörter. III S. 113. 114, Buchka II S. 153—155, Savigny VI S. 249. 250; a. M. Sintenis I §. 33 Note 7. — Neuere Schriftsteller wollen principiell für das heutige Recht die Wirkungen der Litiscontestation, oder doch die dem Kläger günstigen Wirkungen der Litiscontestation, auf die Ladung, theilweise sogar auf die Einreichung der Klage, übertragen, so Kierulff S. 280—284, Sintenis Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprocesses I Nr. 4 u. Civilrecht I §. 33, Savigny VI §. 278. 279, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. 2. Ausg. I S. 353. Vgl. dagegen Windscheid die Actio 2c. S. 70—72 und gegen Sintenis (welcher, die Form mit der Sache verwechselnd, behauptet, die römische litis contestatio, weil ein zweiseitiger Act, finde sich im heutigen Processe gar nicht wieder,) namentlich Wächter III S. 71 fg. Doch ist die Praxis dieser Uebertragung entschieden geneigt; so auch Wetzell Civilproceß S. 119. (3. Aufl. S. 135). Jedenfalls ist nach allgemeinen Grundsätzen der Satz aufzustellen, daß der Beklagte durch unredliche Verzögerung der Litiscontestation die dem Kläger günstigen Wirkungen derselben nicht ausschließen kann. Wächter a. a. O. S. 86. 87 behauptet das Gleiche schon von jeder sich später als ungegründet ausweisenden Verzögerung.

## B. Das Urtheil*.

### Einleitung.

### §. 127.

Bedeutender noch als der Beginn des Processes wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung des Processes auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Parteien ein. Das Urtheil wenn es nicht mehr angefochten werden kann — und in jedem Processe kommt es (wenn überhaupt zu einem Urtheil) einmal zu einem nicht mehr anfechtbaren, nach dem technischen Ausdruck: zu einem rechtskräftigen Urtheil[1] — bildet fortan die unverrückbare Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem. Mag das Urtheil den Anspruch des Klägers anerkannt und demgemäß den Beklagten verurtheilt haben, oder mag es den Anspruch des Klägers zurückgewiesen und demgemäß den Beklagten freigesprochen haben[2], in dem einen und dem anderen Fall kann seine Entscheidung von keiner der Parteien mehr in Frage gestellt

---

* Vgl. außer den vor §. 124 citirten Schriftstellern: Arnold praktische Erörterungen Nr. 11 (1845). Bekker die processualische Consumption im classischem römischen Rechte (1853). Windscheid die Actio ꝛc. §. 10—14 (1856). Endemann das Princip der Rechtskraft (1861, vgl. krit. VJSchr. III S. 112—117). Krüger Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864). Kierulff S. 249 fg. 303 fg., Vangerow I §. 173, Sintenis I §. 34, Brinz §. 45. 46, Unger II §. 131—133; Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II §. 110. 111', Wetzell Civilprozeß §. 46. 47.

[1] „Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest", l. 23 §. 1 i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Jetzt ist nach dem Sprachgebrauch des heutigen und des canonischen Rechs (c. 13. 15 X. de sent. 2. 27) „res iudicata" vorhanden, während das römische Recht (s. z. B. l. 7 pr. D. de transact. 2. 15) res iudicata bei jedem Urtheil annimmt. Savigny VI S. 298. 299. Die Rechtskraft des Urtheils tritt ein, wenn die gegen dasselbe zulässigen Rechtsmittel erschöpft sind, oder wenn das Recht auf diese Rechtsmittel durch Versäummung der Nothfrist oder durch Verzicht verloren ist. Der Sprachgebrauch, wonach Rechtskraft des Urtheils schon angenommen wird, sobald gegen das Urtheil nur kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist (Bayer Vorträge 428. 429, Wetzell Civilproc. §. 51 Note 43) kann hier dahingestellt bleiben. In diesem letzteren Sinne ist Rechtskraft gleich Vollziehbarkeit.

§. 127.

[2] Ueber die Freisprechung des Beklagten kann das Urtheil, welches dem

werden[3], keine der Parteien darf mehr den Beweis unternehmen wollen, daß die Entscheidung des Urtheils nicht die richtige sei[4].

---

Kläger Unrecht gibt, nicht hinausgehen; es kann nicht auch den Kläger verurtheilen. Darüber im Allgemeinen Savigny VI §. 289. 290. Der Kläger kann nur dann verurtheilt werden, wenn der Beklagte auch seinerseits einen Anspruch gegen denselben erhoben hat, z. B. auf Ersatz der durch den Proceß veranlaßten Kosten, oder einen selbständigen Anspruch, z. B. der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, oder auf Rückgabe eines Darlehns; aber dann entscheidet das Urtheil eben über zwei Ansprüche, und nicht bloß über den Einen des Klägers. Von diesem in der Natur der Sache begründeten Satz gibt es nur Eine Ausnahme; bei den Theilungsklagen kann der Richter zum Zwecke der Theilung auch ohne einen von Seiten des Beklagten gestellten Antrag den Kläger verurtheilen, gemäß des Grundsatzes, daß er in der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand hat. Aber es ist auch der Richter in der Theilung Verwalter nicht sowohl der streitigen, als der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. II §. 449 Note 16). Deßwegen gilt nicht das Gleiche für die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen des Klägers, z. B. zum Ersatz gezogener Früchte oder angerichteten Schadens. Wenn es in den Quellen von den Theilungsklagen überhaupt heißt, also auch insofern sie die vorhin bezeichneten Leistungen umfassen, daß bei ihnen der Beklagte zugleich Kläger sei, und ebenso von den interdicta retinendae possessionis (l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7), so hat das nur den Sinn, daß bei diesen Klagen die Formel (bez. des Interdict) so concipirt war, daß es auf einen von dem Beklagten gestellten Antrag auch zur Verurtheilung des Klägers kommen konnte. Deßwegen hat der Begriff der actio duplex oder mixta, wie jene Klagen in den Quellen genannt werden, abgesehen von dem einen oben bezeichneten Punkt, für das heutige Recht keine Bedeutung mehr. Man bestreitet das, indem man sich darauf beruft, daß bei den actiones duplices, anders als bei anderen vom Beklagten geltend gemachten Ansprüchen, „Einheit des Streitverhältnisses" stattfinde. Aber was heißt das? Ist in dieser Beziehung ein Unterschied, ob der auf Theilung Belangte Ersatz für die vom Kläger aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte verlangt, oder der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte Zahlung der Kaufpreises? Oder man macht geltend, daß in beiden Fällen „in Ansehung der processualischen Verhandlung" Verschiedenes gelte. Die Verschiedenheit ist jedoch unerfindlich. Vgl. Windscheid die Actio rc. S. 27 Note 3. Abwehr S. 40. 41; Savigny VI S. 328—330, Wetzell Civilproc. §. 5 Nr. 2. §. 46 Nr. 1, Arndts §. 99 Anm., Unger §. 131 Note 26. — Der Ausführung des in dieser Note Gesagten ist jetzt gewidmet die Schrift von Eck, die doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts, Berlin 1870. Dieser Schriftsteller bestreitet aber auch (S. 146—149), daß in der Möglichkeit der Verurtheilung des Theilungsklägers ohne Antrag des Beklagten eine Ausnahme vom Princip liege. Hiergegen Göppert krit. VJSchr. XIV S. 552 fg., welcher andererseits die Dupli-

Von dieser Wirkung des Urtheils — man nennt sie die Rechtskraft des Urtheils im materiellen Sinn — ist näher zu handeln (§. 129—132). Vorher aber ist (§. 128) eine andere Frage zu beantworten, die Frage nämlich, in welchem Falle das Urtheil zu verurtheilen, in welchem es freizusprechen habe. Die Regel, daß es zu verurtheilen habe, wenn es den klägerischen Anspruch begründet finde, freizusprechen, wenn es ihn unbegründet finde, reicht deßwegen nicht aus, weil es, wie bereits bemerkt wurde, für den Richter unmöglich ist, in demselben Moment das Urtheil zu sprechen, in welchem der Proceß bei ihm angebracht wird. Es kann also vorkommen, daß der beim Beginne des Processes begründete Anspruch zur Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, nicht mehr begründet ist, und umgekehrt, daß der Anspruch zur Zeit des Urtheils begründet ist, während er beim Beginne des Processes nicht begründet war: wie ist hier zu entscheiden?

## Voraussetzung der Verurtheilung*.

### §. 128.

1. Hört der zur Zeit des Beginnes des Processes begründete Anspruch hinterher auf, begründet zu sein[1], so ist davon auszu-

---

cität der Theilungsklagen nicht auf die im Text bezeichnete Verurtheilung des Klägers beschränkt. — Rechtshistorische Frage: actio duplex in dem Sinne, daß es zur gehörigen processualischen Defension des Beklagten gehört, daß er seinerseits als Kläger auftritt. Legis actio sacramento? Interdicta retinendae possessionis (G. IV. 148, §. 7 I. de interd. 4. 15)? Vgl. Krüger Civil. Versuche S. 88 fg., Göppert a. a. O. S. 542 fg., und unten §. 159 Note 5. 9.

[3] Man pflegt zu sagen: das Urtheil begründe eine Fiction der Wahrheit oder: es begründe formelles Recht. Die Stellen der Quellen, in welchen diese Wirkung des Urtheils im Allgemeinen anerkannt wird, sind: l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 1 §. 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 65 §. 2 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei iud. 44. 2.

[4] Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum Recht gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streites gibt. Vgl. namentlich Savigny VI §. 280.

* A. E. J. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 7 (1847).

[1] Eine besondere Abhandlung über diesen Fall ist: R. Römer das Er- §. 128.

gehen, daß der Beklagte freigesprochen werden muß; das Princip ist, daß der Beklagte nur dann verurtheilt werden kann, wenn der Anspruch gegen ihn zu der Zeit begründet ist, wo er verurtheilt werden soll[2]. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der Anspruch durch den Beginn des Processes gegen gewisse Aufhebungsgründe unempfindlich wird[3], und ferner, daß das römische Recht allerdings in Einer Beziehung ausnahmsweise lediglich auf die Begründung des Anspruchs zur Zeit des Beginns des Processes sieht, so daß eine später eintretende Aenderung nicht schadet: wenn nämlich ein Anspruch nur auf dasjenige geht, worum der Beklagte aus einer gewissen Thatsache reicher ist, so soll für die Frage, ob eine Bereicherung vorhanden sei oder nicht, die Zeit des

---

löschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil (1852). Dazu die Recensionen von Bekker und von Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 253 fg.

[2] Gewöhnlich wird als Princip der entgegengesetzte Satz aufgestellt, hauptsächlich auf Grund von Gai. IV. 114, welche Stelle (wahrscheinlich) sagt, daß die Proculianer bei stricti iudicii actiones im Falle der Befriedigung des Klägers die Condemnation dennoch hätten eintreten lassen wollen. Jedoch ist jedenfalls dieser Satz später verschwunden (§. 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), und auch für das frühere römische Recht ist es sehr zweifelhaft, ob aus der Befriedigung des Klägers ein Schluß auf andere Aufhebungsgründe erlaubt ist. Vgl. die guten Bemerkungen von Dernburg a. a. O. S. 261. 262; Rudorff. röm. RGesch. II S. 270. Gegen die herrschende Meinung sprechen l. 16 pr. l. 27 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 64 D. de usufr. 7, 1, l. 7 §. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3, l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1. Vgl. Wächter Erörter. III S. 124 fg. Seuff. Arch. XIX. 31.

[3] Er wird unempfindlich gegen die eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn dabei den Beklagten eine Schuld trifft, unempfindlich gegen den Tod des Berechtigten und Verpflichteten, und nach älterem römischem Recht, (s. § 124 Num. 4) unempfindlich gegen eine Verjährung, durch welche das ihm zu Grunde liegende Recht aufgehoben wird. (Will man dieses Letztere so ausdrücken: nach älterem römischen Recht falle der Anspruch an und für sich weg, die Condemnation aber erfolge dennoch, weil der Anspruch zur Zeit des Processbeginnes begründet gewesen sei, so gibt man damit einmal, wenigstens was die obligatorischen Ansprüche angeht, den Sinn der Quellen nicht wieder [perpetuatur actio, obligatio, s. §. 124 Note 12]; jedenfalls aber darf man darin keinen Beweis für das in der vorigen Note geleugnete Princip sehen, da es sich hier um Wiederaufhebung eines Gewinnes handelt, welcher dem Beklagten lediglich durch die Dauer des Processes zugegangen ist [s. ob. S. 365]).

Beginnes des Processes, nicht die Zeit wo das Urtheil gesprochen wird, maßgebend sein[4];

2. Wenn der zur Zeit des Processbeginnes nicht begründete Anspruch vor dem Urtheil begründet zu sein anfängt, so ist zu unterscheiden, ob es die wesentliche Grundlage des Anspruchs ist, welche erst hinterher eintritt, oder ein sonstiger zu seiner Begründung erforderlicher Umstand. In dem letzteren Falle ist der Beklagte zu verurtheilen[5]; in dem ersteren ist die Regel, daß der Beklagte frei-

---

[4] L. 37 pr. §. 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 34 pr. D. de min. 4. 4, l. 7 pr. §. 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 47 D. de sol. 46. 3, s. jedoch auch l. 36 §. 4 D. de H. P. 5. 3. S. auch noch l. 4 §. 1 l. 6 §. 4 D. de aqua et aquae 39. 3 (II §. 473 Note 16. 19). — Dagegen darf nicht als fernere Ausnahme angeführt werden, daß der mit einem Noxalanspruch Belangte auch dann condemnirt werde, wenn er nach dem Processbeginn das Eigenthum der seine Verhaftung begründenden Sache verliere; denn das ist nur für den Fall bezeugt, wo er das Eigenthum durch seine That, also seine Schuld, verliert. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind l. 1 §. 12. 13. 16 D. si quadr. 9. 1, l. 37 l. 38 pr. D. de nox. act. 9. 4, s. namentlich l. 1 §. 13 l. 38 pr. citt.

[5] Das Princip, von welchem das römische Recht ausgeht, ist: das in der intentio Bezeichnete muß zur Zeit des Processbeginnes vorhanden sein, das in der intentio nicht Bezeichnete nur zur Zeit des Urtheils. In diesem Sinne heißt es in l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est", vgl. l. 35 eod. und l. 30 pr. D. de pec. 15. 1 (s. unten). Anwendungen des Princips sind folgende. Bei der Eigenthumsklage muß das Eigenthum zur Zeit des Processbeginnes vorhanden sein (vgl. l. 11 §. 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2, Savigny VI S. 67), bei der Exhibitionsklage das Interesse des Klägers (l. 7 §. 7 D. ad exh. 10. 4); dagegen schadet es bei beiden Klagen nicht, daß der Besitz des Beklagten erst hinterher eingetreten sei (l. 27 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), ebenso wenig bei der Erbschaftklage (l. 18 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. 16 pr. eod.) und bei der Klage aus dem Hinterlegungsvertrage (l. 1 §. 21 D. dep. 16. 3). Ferner genügt es für die Klage aus dem Pfandvertrage, daß die Zahlung der Schuld nur vor dem Urtheil eingetreten sei (l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7); bei der Klage aus dem Auftrag ist es nicht nöthig, daß die Handlung des Beauftragten, welche dem Anspruch seine concrete Richtung gibt, z. B. wirkliche Einziehung der Schuld, die eingezogen werden sollte, schon beim Beginn des Processes vorgenommen gewesen sei (l. 17 D. mand. 17. 1, vgl. Savigny VI S. 68); die actio de peculio setzt nur voraus, daß zur Zeit des Urtheils etwas in peculio sei (l. 30 pr. D. de pec. 15. 1, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. 42. 4 — auch ohne daß etwas beim Proceß-

zusprechen, und der Kläger auf einen neuen Proceß zu verweisen ist. Nach einer Vorschrift des canonischen Rechts soll aber diese Regel dann eine Ausnahme erleiden, wenn in der Klage ein Erwerbgrund für das geltend gemachte Recht nicht angegeben worden ist; in diesem Falle soll es genügen, daß das Recht nur vor dem Urtheil erworben worden sei[6].

Als Beginn des Processes sieht das römische Recht auch hier erst den Streitbeginn an, und auch hier ist kein Grund vorhanden, diese Vorschrift im heutigen Rechte nicht zur Anwendung zu bringen.

---

beginn in peculio ist, „tenet actio de peculio" und „intenditur recte"). Das im Texte Gesagte scheint der für das heutige Recht richtige Ausdruck des in seiner Form unanwendbaren römischen Princips zu sein; gewöhnlich wird, im Einzelnen mit wechselndem Ausdruck, zwischen der Existenz der der Klage zu Grunde liegenden Rechts an sich und anderen Voraussetzungen der Verurtheilung (factischen Voraussetzungen, Nebenumständen), auch wohl zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones, bei welchen letzteren es allein auf die Zeit des Urtheils ankommen soll, unterschieden. S. Keller S. 190 fg., Savigny S. 73 fg., Wächter Erörter. III S. 126 fg., Vangerow I §. 160 Anm. Nr. III. 3, Briegleb vermischte Abhandl. I. Nr. 5. Wetzell Civilproc. §. 14 Note 63. 64 (3. Aufl. 67. 68) lehrt, daß zur Zeit der Litiscontestation nicht vorhanden zu sein brauchen diejenigen Thatsachen, welche „die passive Voraussetzung der Verurtheilung in der Person des Verklagten bilden", vgl. auch Wächter a. a. O. S. 127 ob. Dernburg Pfandr. I S. 158 und Preuß. Privatr. I S. 260, Unger II §. 131 Note 1 wollen den römischen Bestimmungen für das heutige Recht gar keine Bedeutung zugestehen, sondern lediglich die Grundsätze des heutigen Processes über Zulässigkeit der Klagänderung zur Anwendung bringen. In der Praxis ist namentlich die Frage streitig geworden, ob eine Verurtheilung zu erfolgen habe, wenn die eingeklagte Schuld erst während des Processes fällig werde. In überwiegendem Maße ist diese Frage bejahend entschieden worden: Seuff. Arch. III. 204 und VIII. 91 (Mannheim), III. 290 (Lübeck), IX. 271 und XXIII. 106 (Rostock), XIII. 284, (Jena), XX. 267 (Cassel), XXI. 160 (Wolfenbüttel), XXV. 75, XXVI. 276 (OAG. u. OT. zu Berlin), XXV. 175 Nr. II. III (Celle), XXV. 176 (Reichsoberhandelsgericht zu Leipzig); dagegen VII. 298 a. E. und XXV. 76 (Darmstadt), XVII. 156 (Jena), XX. 265, XXIV. 86, XXV. 175 Nr. I (Celle).

[6] C. 3 de sent. et re iud. in VI° 2. 14. Ob heuzutage eine Klage ohne Angabe des Erwerbgrundes zulässig ist, ist eine processualische, übrigens wohl zu verneinende Frage. Die Interpretation von Wächter (Erörter. III S. 122 Note 72), nach welcher die genannte Stelle auch bei Angabe des Erwerbgrundes das spätere Eintreten des genannten Erwerbgrundes (nur nicht eines andern) gestatten soll, ist nicht zu billigen.

## Rechtskraft des Urtheils.

### §. 129.

1. Das verurtheilende Urtheil gibt dem Kläger einen neuen und selbständigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Der Kläger braucht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht mehr zurückzugehen, und ebenso wenig braucht er sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß Einwendungen gefallen zu lassen; er hält dem Gegner einfach das Urtheil entgegen und verlangt von ihm, daß er dem Urtheil gehorche; thut der Gegner das nicht, so tritt unmittelbar Zwang gegen ihn ein[1]. Insofern kann man sagen, daß für den Kläger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begründet werde, und in der That findet sich diese Auffassung in den Quellen nicht bloß ausgesprochen[2], sondern in einzelnen Anwendungen auch praktisch durchgeführt[3]. Aber diese Auffassung wird nie durchgeführt zum Nachtheile des

---

[1] Natürlich nicht ohne ein neues Gesuch des Klägers. Dasselbe ist aber keine eigentliche Klage, weil es von dem Richter keine Entscheidung verlangt; man hat es im Gegensatz zur Klage eine imploratio iudicis genannt. Vgl. Buchka II S. 214 fg., Savigny VI §. 295. e, Wetzell Civilproc. §. 47 hinter Note 115. Seuff. Arch. XX. 190.

[2] Es wird gesagt, aus dem Urtheil entstehe die actio iudicati, und in l. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1 ist geradezu von einer „obligatio quae ex causa iudicati descendit", in l. 8 §. 3 D. de nov. 46. 2 von einer „obligatio iudicati" die Rede (in l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1 heißt es: „iudicati velut obligatio"). Vgl. l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1. — Ueber die processualische Bedeutung der actio iudicati im heutigen Recht (ob sie neben der imploratio iudicis ein zweites und selbständiges Hülfsmittel zur Geltendmachung des Urtheils sei) besteht unter den Neueren kein Meinungseinklang. Vgl. Wetzell Civilproc. §. 47 hinter Note 115; Buchka II S. 214 fg., Savigny VI §. 295. e, Renaud Civilproc. §. 159. Seuff. Arch. IX. 336, XI. 104, XVI. 269, XVII. 192, XX. 190; XVI. 268.

[3] Der Urtheilsanspruch ist vererblich, wenn auch der Klaganspruch es nicht war, und ebensowenig unterliegt er der Verjährung des Klaganspruchs, l. 6 §. 3 D. de re iud. 42. 1. Er erfaßt das Peculium, auch wenn der Anspruch es nicht that, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1. In l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 wird das Aufhören des Zinsenlaufs nach gefälltem Urtheil darauf zurückgeführt, daß jetzt eine neue Verbindlichkeit vorliege (vgl. Note 5). S. auch l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1.

§. 129.

Klägers; wo der Kläger durch dieselbe Schaden erleiden würde, wird die andere Seite der Sache, welche ebenso wahr und wahrer ist, herausgekehrt, nämlich die, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch materiell kein anderer ist, als der in der Klage geltend gemachte, daß das Urtheil einen Anspruch nicht sowohl schafft als anerkennt[4]. Das Verhältniß ist also kein anderes, als das in Folge des Proceßbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der bestehende Anspruch aufgehoben und ein anderer an dessen Stelle gesetzt: es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung[5]. — Wird der Urtheilsanspruch nicht binnen 4 Monaten erfüllt, so soll der Schuldner nach der Vorschrift des römischen Rechts 12% Zinsen zahlen, dafür soll aber auch während der bezeichneten Zeit aller weitere Zinsenlauf aufhören[5a].

2. Das freisprechende Urtheil beseitigt den klägerischen Anspruch, wenn er wirklich begründet war, so daß er fortan nicht mehr vorgebracht werden kann; geschieht es dennoch, so wird ihm aus dem Urtheil eine Einrede, die Einrede der abgeurtheilten Sache, entgegengesetzt[6]. Daß die Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit mit den Wirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist, übrig lasse, ist eine

---

[4] Deßwegen dauert nach dem Urtheil die Verhaftung des Bürgen fort (l. 8 §. 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28 C. eod. 8. 41), und der Verpflichtete, welcher in Verzug war, hört durch das Urtheil nicht auf, es zu sein (L. 3 pr. D. de usur. 22. 1). Die Fortdauer des Pfandrechts (l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 8 C. eod. 8. 14) gehört nicht hierher; sie erklärt sich schon daraus, daß „suas condiciones habet hypothecaria actio" (vgl. oben §. 112 Note 5).

[5] Auch für das Urtheil ist die Frage, ob es eine Novation enthalte, vielfach aufgeworfen und oft bejaht worden. Man hat sich dafür auf Gai. III. 180 und l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 berufen. Aber diese Stellen haben gegenüber den in der vorigen Note angeführten Thatsachen keine Beweiskraft. Ueber die letzte Stelle im Besonderen s. Wächter Erörter. III S. 48 und Windscheid die Actio ꝛc. S. 116. Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. O. S. 47 fg., Buchka II S. 209 fg., Savigny V §. 258. f und S. 307, Bekker processual. Consumption S. 293 fg., Windscheid die Actio ꝛc. §. 12, Wetzell Civilproc. S. §. 47 z. A., Unger II §. 133.

[5a] L. 1. 2. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 13 C. de usur. 4. 32. Es wird jedoch die heutige Geltung dieser römischen Vorschrift bestritten. Savigny VI S. 412, Mommsen Beiträge III S. 247.

[6] Die exceptio rei iudicatae.

nicht zu rechtfertigende Behauptung[7]; nur das wird zugestanden werden dürfen, daß die freiwillige Erfüllung des mit Unrecht abgesprochenen Anspruchs nicht unter den Begriff der Schenkung fällt[8].

## §. 130*.

Die Einrede der abgeurtheilten Sache setzt aber nicht nothwendig voraus, daß der zurückgewiesene Kläger ganz das Gleiche

[7] Die Frage ist sehr bestritten. Für die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit haben sich unter den Neueren erklärt namentlich Kierulff S. 43 Note * (für das heutige Recht behauptet dieser Schriftsteller jedoch das Gegentheil), Buchka I S. 315 fg. (mit derselben Unterscheidung, s. II S. 200. 201), Fein Arch. f. civ. Prax. XXVI. 7. 13; dawider v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXIV. 4, Flach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 12, Wächter Erörter. III S. 135 fg., Vangerow §. 173 Anm. 1. Scheurl krit. VJSchr. IV S. 525 fg.; einzelne Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit sprechen ab Savigny Obligationenrecht I S. 81 fg., Schwanert Naturalobligationen S. 439 fg., Dernburg Pfandrecht II. S. 585. 586. Compensation 2. Aufl. S. 471. Entscheidend für die hier vertheidigte Meinung ist, daß darin ja eben die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheils besteht, daß durch dasselbe das Rechtsverhältniß der Parteien definitiv festgestellt werden soll; ferner die Befreiung der Pfänder durch das freisprechende Urtheil (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, gegen welche Stelle l. 27 D. de pign. 20. 1 selbst dann nichts vermögen würde, wenn es auch nöthig wäre, sie von einem Urtheil zu verstehen [Proceßverjährung!]) — die Fortdauer des Pfandrechts beweist nicht für die natürliche Verbindlichkeit, wohl aber seine Nichtfordauer gegen dieselbe. Von der anderen Seite beruft man sich auf l. 28 und l. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Aber die erste Stelle schließt das Rückforderungsrecht des Gezahlten offenbar deßwegen aus, weil sie annimmt, der Zahlende habe gewußt, daß er nicht zu zahlen brauche (durch das „iudex . . male absolvit“ soll erklärt werden, wie der Zahlende dazu komme, dennoch zu zahlen). Mehr Schwierigkeit macht l. 60 cit. Man erwäge aber Folgendes. Die Stelle entscheidet, daß der wahre Schuldner, welcher zahle, ohne den Ausgang des Processes abzuwarten, nicht mit Berufung darauf zurückfordern könne, daß er möglicherweise, wenn er den Proceß fortgesetzt hätte, hätte freigespochen werden können. Diese unzweifelhaft richtige Entscheidung motivirt sie nun nicht damit, daß er eben als wahrer Schuldner gezahlt habe, sondern mit der Berufung darauf, daß er auch im Falle der Freisprechung nicht hätte zurückfordern können, weil er immerhin debitor naturalis geblieben wäre. Diese unrichtige Motivirung einer richtigen Entscheidung reicht nach meiner Ueberzeugung nicht hin, um die oben angeführten Gründe zu überwinden. Vgl. auch Wetzell Civilproc. §. 47 hinter Note 7.

[8] Es ist hier das §. 112 Note 5a Gesagte zu wiederholen.

* Dig. 44. 2 de exceptione rei iudicatae.

vorbringe, was er in dem früheren Processe vorgebracht hat; ja sie setzt nicht nothwendig voraus, daß es ein zurückgewiesener Kläger sei, welcher zum zweiten Mal auftritt, sie kann auch einem verurtheilten Beklagten entgegenstehen. Sie ist begründet, so oft eine von zwei Processparteien Etwas vorbringt, in Betreff dessen in einem früheren zwischen denselben Parteien ergangenen rechtskräftigen Urtheil gegen sie entschieden worden ist[1]. Hierüber ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

1. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der in dem früheren Proceß vorgebrachte Anspruch gegenwärtig unter Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, unter Berufung auf einen andern Rechtssatz, wieder vorgebracht wird. Indem entschieden ist, daß ein Anspruch nicht begründet sei, ist entschieden, daß er überhaupt, nicht bloß, daß er nach diesem oder jenem rechtlichen Gesichtspunkt nicht begründet sei[2].

---

§. 130. [1] „Quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur", l. 3 l. 7 §. 1. 4 l. 19 l. 22 l. 30 §. 1 D. h. t. In anderen Stellen wird verlangt, daß es sich in dem zweiten Proceß um „eadam res" handele, l. 5 l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 D. h. t. Man wird hier unter eadem res nichts Bestimmteres verstehen dürfen, als was das Wort sagt: dieselbe Sache. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß II §. 111 Note 45 bezieht die „eadem res" auf die negative, die „eadem quaestio" auf die positive Function der exc. rei iudicatae (s. diesen §. a. E.).

[2] Wenn Jemand den Anspruch erhebt, daß ein von ihm Beauftragter ihm ein bestimmte Summe Geldes, welche er für ihn eingezogen habe, herausgebe, und sich dafür auf die Grundsätze vom Auftragsvertrag beruft (actio mandati), aber abgewiesen wird, so kann er nicht dieselbe Summe Geldes ein zweites Mal mit Berufung auf die rechtlichen Grundsätze von der freiwilligen Geschäftsführung (negotiorum gestio) oder mit Berufung darauf einklagen, daß der Gegner aus seinem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund bereichert sei (condictio sine causa), l 5. D. h. t. (eine Stelle, welche, wenn sie ursprünglich ohne Zweifel von der cautio iudicio sisti gehandelt hat, doch jedenfalls von den Compilatoren auf die exceptio rei iudicatae bezogen worden ist). Seuff. Arch. XXIV. 278. Wer mit der Klage auf Rücknahme der gekauften Sache wegen Fehlerhaftigkeit derselben (actio redhibitoria) abgewiesen worden ist, kann nicht ein zweites Mal auftreten und sich darauf berufen, er könne verlangen, daß der Kaufpreis um so viel gekürzt werde, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth sei (actio quanti minoris), nun aber sei sie ihm gar nichts werth, also müsse ihm doch das Gezahlte gegen

2. Beruft man sich für das in dem früheren Proceß in Anspruch Genommene gegenwärtig auf einen andern Thatbestand (Erwerbgrund)[2a], so ist zu unterscheiden[3], ob es ein dingliches oder ein obligatorisches Recht ist, welches geltend gemacht wird. Ist es ein obligatorisches Recht, so ist durch Aenderung des Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen; das frühere Urtheil hat nicht entschieden, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts, sondern, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts auf Grund dieses Thatbestandes nicht begründet sei[4]. Ist es dagegen ein dingliches Recht, so ist trotz des geänderten Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache dennoch begründet; das frühere Urtheil hat entschieden, daß ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache, nicht bloß, daß auf Grund dieses Thatbestandes ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht begründet sei[5]. Jedoch ist dieß nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbgrund beschränkt worden ist[6]; und ferner liegt es auf der Hand, daß die

---

Rückgabe der Sache wiedergegeben werden; und ebenso gilt das Umgekehrte. L. 25 §. 1 D. h. t.

[2a] Vgl. hierzu im Besonderen noch Voigt condictiones ob causam §. 29, Ihering Geist des röm. R. III S. 39 fg.

[3] Zu allgemein ist es, wenn für die exceptio rei iudicatae überhaupt in l. 27 D. h. t. Identität der „causa proxima actionis", in l. 14 pr. eod. Identität der „causa petendi" verlangt wird, wie letztere Stelle im Verlaufe (§. 2) selbst anerkennt.

[4] L. 14 §. 2 D. h. t. „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur". Es kann nicht ein Urtheil, welches eine Kaufforderung auf 100 abspricht, einer Dahrlehnsforderung auf 100 entgegengesetzt werden. Vgl. l. 22 i. f. D. h. t., l. 18 D. de O. et A. 44. 7, l. 93 §. 1 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. V. 237, XXIV. 279.

[5] L. 14 §. 2 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest". L. 11 §. 5 eod.: — „qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit". L. 11 §. 1 l. 30 pr. D. h. t., l. 159 D. de R. I. 50. 17., l. 3 §. 4 D. de A. v. A. P. 41. 2.

[6] Ueber diesen Punkt herrscht viel Streit. Was das römische Recht angeht, so kommt es auf die Auslegung von l. 11 §. 2 und l. 14 §. 2 D. h. t.

Einrede der abgeurtheilten Sache auch dann nicht begründet ist, wenn der jetzt vorgebrachte Erwerbgrund später ist, als das früher gefällte Urtheil; dasselbe hat natürlich das dingliche Recht nicht für alle Zeiten negirt, sondern nur für die Zeit, wo das Urtheil gefällt worden ist[7].

---

an. In früherer Zeit galt es für unzweifelhaft, daß in diesen Stellen der Satz enthalten sei, daß durch Nennung eines bestimmten Erwerbgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils auf diesen Erwerbgrund beschränkt werde. Hiergegen trat Puchta (Rhein. Museum II S. 251 fg. III S. 467 fg. [1828. 1829], kl. Schriften Nr. IX) auf, indem er die entscheidenden Worte „causa adiecta" und „non expressa causa" erklärte: wenn später ein anderer Erwerbgrund eingetreten ist, und: da der Erwerbgrund, wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. Puchta sind andere Schriftsteller gefolgt, so Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. V a. E., Buchka I S. 145, Sintenis I §. 34 Note 46 und Erläuterungen I S. 220 fg.; gegen ihn s. namentlich Savigny VI Beil. XVIII, Briegleb vermischte Abhandlungen I Nr. 3, Bekker krit. VJSchr. X S. 407 fg. Auch ich halte die Puchta'sche Erklärung nicht für richtig, glaube aber andererseits aus den angeführten Stellen für das heutige Recht den gewöhnlich daraus hergeleiteten Satz nicht unbedingt herleiten zu dürfen. Damit die Kraft des Urtheils nicht über den geltend gemachten Erwerbgrund hinausgehe, war nach römischem Rechte ein Zusatz in der intentio oder eine praescriptio nöthig, also Beschränkung der Verhandlung auf diesen einen Punkt. Eine solche Beschränkung muß also auch nach heutigem Recht verlangt werden, wenn das Urtheil nur beschränkt wirken soll; dieselbe liegt aber in der bloßen Nennung des Erwerbgrundes in der Klage nur dann, wenn man von dem Satze ausgeht, daß auch für dingliche Rechte die Anführung eines Erwerbgrundes in der Klage nothwendig sei, aus welchem Satze sich dann unmittelbar der fernere ergibt, daß ein anderer Erwerbgrund als der in der Klage genannte später nicht mehr geltend gemacht werden kann. Diejenigen, welche jenen Satz nicht annehmen, also die Nennung des Erwerbgrundes in der Klage für unwesentlich, und damit die Geltendmachung eines jeden anderen als des wirklich genannten für zulässig erklären, dürfen dem Urtheil eine beschränkte Wirkung nur dann zuschreiben, wenn der Kläger ausdrücklich erklärt hat, nur diesen einen Erwerbgrund zum Gegenstand der Verhandlung machen zu wollen (anders Seuff. Arch. XX. 206). Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die ganze im Text gemachte Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten für uns nur unter der Voraussetzung Bedeutung hat, daß die Anführung eines Erwerbgrundes für das dingliche Recht in der Klage nach heutigem Proceßrecht nicht erforderlich ist. Vgl. noch Buchka II S. 192 fg., Wächter II S. 445, Schmid Handb. des gem. deutsch. bürg. Rechts I S. 318—322, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 18—22, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 60—63.

3. Die Entscheidung über das Ganze ist auch die Entscheidung über den Theil; wem das Ganze abgesprochen ist, dem ist auch der Theil abgesprochen. Das gilt nicht bloß von dem Gegenstande des Rechts[8], sondern auch von dem Rechte selbst[9]. Nur muß, damit die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, der Theil auch wirklich als Theil, und nicht als ein Selbständiges in Anspruch genommen werden[10]. — Umgekehrt ist aber auch die Entscheidung über den Theil die Entscheidung über das Ganze; wem der Theil als Theil abgesprochen worden ist, dem ist auch das Ganze abgesprochen, da der Theil als Theil nichts für sich Existirendes, sondern nur eine Erscheinungsform des Ganzen ist[11]. Daher ist ferner auch die Entscheidung über

---

[7] L. 11 §. 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. 44. 1, l. 25 §. 1 l. 42 D. de lib. causa 40. 12.

[8] Zu allgemein ist es daher wieder, wenn in l. 12. 13 D. h. t. für die exc. rei iudicatae überhaupt „idem corpus", „eadem quantitas" verlangt wird. Vgl. auch l. 14 pr. eod.

[9] L. 7 pr. D. h. t. „Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure". So ist z. B. nicht bloß die Entscheidung über das Recht auf das Gebäude die Entscheidung über das Recht auf die Baumaterialien, sondern auch die Entscheidung über das Erbrecht (die Gesammtheit der vom Erblasser hinterlassenen Vermögensrechte) die Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte. Vgl. l. 3 l. 7 pr. §. 4. 5 l. 21 §. 1. 3 D. h. t., l. 22 §. 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 §. 8 D. de pactis 2. 14).

[10] Daraus erklärt sich l. 7 §. 2 D. h. t.: — „is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt".

[11] Th. Mommsen röm. Geschichte I S. 66 Anm. **. „Der „„Theil"" ist, wie der Jurist weiß, nichts als ein ehemaliges oder auch ein künftiges Ganze, also in der Gegenwart ohne alle Realität". Daher liegt in der Entscheidung über ein einzelnes Erbschaftsrecht gerade so eine Entscheidung über das Erbrecht, wie in der Entscheidung über das Erbrecht eine Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte liegt, l. 3. 7 §. 4. 5 D. h. t. Vgl. Windscheid die Actio rc. rc. S. 91—94, Krüger S. 167 fg. Seuff. Arch. XXV. 182. S. auch l. 11 §. 6 D. h. t. (Die Zurückweisung des Anspruchs auf iter ist keine Zurückweisung des Anspruchs auf actus; denn das Recht auf iter ist nicht ein Theil des Rechts auf actus, sondern ein anderes Recht.)

den einen Theil die Entscheidung über den anderen[12]. — Wenn es sich nicht von dem Verhältniß eines Ganzen zu seinem Theil, sondern nur von einem Mehr oder Minder handelt, so ist zu sagen, daß zwar die Aberkennung des Minder auch die Aberkennung des Mehr enthält[13], dagegen die Aberkennung des Mehr die Aberkennung des Minder nur dann, wenn der Sinn des Urtheils ist, daß das Mehr nicht gebühre, nicht der, daß nicht das Mehr gebühre[14].

4. Indem dem Kläger ein seiner Natur nach ausschließliches Recht zuerkannt wird, wird damit zu gleicher Zeit erkannt, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Bringt derselbe daher später dieses Recht klagend vor, so steht ihm aus dem ihn verurtheilenden Erkenntniß die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[15].

---

[12] Die Zurückweisung des Anspruchs auf die eine Erbschaftssache begründet die exc. rei iudicatae gegen den Anspruch auf die andere. — Als Theil gegenüber dem Ganzen ist auch das Recht auf eine einzelne fällige Leistung gegenüber dem Recht auf eine periodische Prästation überhaupt anzusehen, z. B. das Recht auf den einzelnen Zinsposten gegenüber dem Recht auf Zinsen überhaupt. Daher enthält die Zurückweisung des Anspruchs auf einen einzelnen Zinsposten die Zurückweisung des Anspruchs auf Zinsen überhaupt, und somit auf alle ferneren Zinsposten. (l. 23 i. f. D. h. t. und l. 1 C. de iud. 3. 1 setzen nicht Aberkennung der Zinspflicht voraus, sie handeln von der exc. rei iudicatae in ihrer s. g. negativen Function, s. Note 22). Vgl. Seuff. Arch. XXV. 183. 278. A. M. Wetzell Civilproc. §. 47 Note 43, Unger II S. 657.

[13] L. 26 pr. D. h. t. (Die Aberkennung einer Dienstbarkeit auf Erhöhung der Oberfläche bis zu 10 Fuß enthält die Aberkennung der Dienstbarkeit auf Erhöhung bis zu 20 Fuß.) Vgl. Seuff. Arch. V. 236.

[14] Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren die eingeklagten 10 nicht, so ist damit gesprochen, es gebühre ihm nichts. Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühren nicht 10, so ist die Frage, ob ihm nicht 9 oder 8 oder irgend eine andere Quantität unter 10 gebühre, offen gelassen, oder es ist ihm geradezu eine bestimmte Quantität unter 10 zugesprochen. Von dem ersten Fall handeln l. 7 pr. D. h. t. (*vv.* idem erit probandum), l. 21 §. 2 l. 30 pr. eod. Wo es sich von einem wirklichen Ganzen handelt, ist der zweite Fall gar nicht möglich; denn das Ganze ist eine Einheit, ein seinen Theilen gegenüber Selbständiges, ein anderes Ding als seine Theile, und daher der Spruch: nicht das Ganze gebührt, nothwendigerweise = das Ganze gebührt nicht.

[15] L. 40 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 15 l. 30 §. 1 D. h. t., l. 19 eod.

5. In den bisher betrachteten Fällen enthält das früher gefällte Urtheil die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch unmittelbar. Dasselbe kann aber auch für die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch mittelbar bestimmend sein.

a. Wenn der in dem früheren Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bildet, so ist durch das Urtheil mittelbar auch der jetzt vorgebrachte zurückgewiesen, und steht demselben daher die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen[16]. Ebenso kann das frühere Urtheil entgegengesetzt werden, wenn der in demselben zurückge-

---

L. 40 §. 2 cit.: — „cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse". L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eod ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua".

[16] Das Urtheil, welches Eigenthum abspricht, steht entgegen dem Theilungsanspruch (l. 8 D. h. t., l. 1 §. 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, ebenso beim Erbrechte, l. 8 l. 11 §. 3 D. h. t., l. 25 §. 8 D. fam. erc. 10. 2), dem Anspruch auf die Früchte (l. 18 D. de exc. 44. 1) und den Zuwachs (l. 26 §. 1 D. h. t., l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1), dem Anspruch auf eine dem betreffenden Grundstück zustehende Dienstbarkeit (l. 16 D. de exc. 44. 1), dem von dem Eigenthum abgeleiteten Pfandanspruch (l. 11 §. 10 D. h. t., l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1). In gleicher Weise ist für den Pfandanspruch das Urtheil über die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, bestimmend (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6), das Urtheil über die Vaterschaft bestimmend für den Alimentenanspruch (l. 7 D. de agnosc. 25. 3). Vgl. auch l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4. — Mit dem, was zuvor gesagt worden ist, daß die Entscheidung über das Eigenthum auch für das Recht auf die Früchte maßgebend sei, steht in scheinbarem Widerspruch l. 7 §. 3 D. h. t. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche (das non vor noceat zu streichen? das erste Urtheil für den Kläger lautend? die Früchte kraft anderen Rechts gefordert? die Einrede nur nach der Regel vom Ganzen und Theil geleugnet?) s. Savigny VI S. 508, Buchka I S. 141, Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. V. 3. b, Bekker S. 237. 238. 247, Unger II §. 132 Note 94, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 41, Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 97. 98, Krüger S. 164 fg., Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 192 fg. — Zu der citirten l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1 ist noch zu vergleichen l. 14 §. 1 D. h. t. und Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 98. 99, Wetzell §. 47 Note 43. 92, Krüger S. 170. 171.

wiesene Anspruch in einer späteren Sache als Einrede wiederholt wird[17].

b. Wie ist es aber in dem umgekehrten Fall, wenn der jetzt vorgebrachte Anspruch in einer früheren Sache als Voraussetzung eines andern Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist: kann auch diese Vorentscheidung des früheren Urtheils dem jetzt vorgebrachten Anspruch entgegengesetzt werden[18]? Dieselbe Frage wiederholt sich für die Entscheidungen über die Thatsachen, auf Grund derer das frühere Urtheil zu seinen Entscheidungen über die Rechte, und so zuletzt zu seiner Hauptentscheidung gelangt ist: kann auch einer in diesem Processe vorgebrachten thatsächlichen Behauptung, welche in dem früheren Processe zurückgewiesen worden ist, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt werden? Die Beantwortung dieser Frage, welche man in nicht passender Weise als Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet hat[19], ist sehr bestritten[20] und nicht

---

[17] Wenn z. B. ein früher zurückgewiesener Forderungsanspruch als Compensationseinrede, ein früher zurückgewiesener Eigenthumsanspruch als Einrede gegen die Publicianische Klage benützt wird. Von dem letzteren Fall handelt l. 24 D. h. t., von dem ersteren eine Entscheidung bei Seuff. Arch. VII. 299. 300. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird hier zur Replik der abgeurtheilten Sache.

[18] Ist also z. B. die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet, wenn nach Verwerfung eines Servitutenanspruchs wegen mangelnden Eigenthums des herrschenden Grundstücks dieses Eigenthum, wenn nach Verwerfung einer Compensationseinrede die Forderung, auf welche dieselbe gestützt worden ist, geltend gemacht wird?

[19] Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche Entscheidungen handelt, und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rechtskräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz falsche Vorstellung hineinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als „Urtheil" und dem was als „Entscheidungsgründe" äußerlich bezeichnet wird. Savigny gebraucht die Ausdrücke: subjective Gründe, objective Gründe oder Elemente des Urtheils.

[20] Für ihre Bejahung hat sich in neuerer Zeit namentlich Savigny VI §. 291—298. 293 ausgesprochen; ferner bekennen sich zu dieser Ansicht Wächter II S. 557 fg., Vangerow I §. 173 Anm. 1 Nr. III. V, Bayer

unzweifelhaft; überwiegende Gründe sprechen aber für ihre Bejahung[21]. —

Vorträge S. 434 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 9, Windscheid die Actio rc. rc. S. 89 fg. 100 fg., Endemann S. 83 fg., und was das heutige Recht angeht: Kierulff S. 260 und Buchka II S. 184 fg., während diese letzteren Schriftsteller für das römische Recht entgegengesetzter Ansicht sind (S. 248 fg., I S. 300—312), ebenso Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 649 fg. Auch für das heutige Recht vertheidigen die entgegengesetzte Ansicht: Bekker proc. Consumtion §. 15. 18. 19, Brinz I S. 153 fg., Wetzell Civilproc. §. 47 von Note 94 an, Krüger S. 179 fg. 213 fg., Busch Arch. f. civ. Pr. XLV. 12, Unger II S. 621 fg. (dessen Darstellung besonders hervorzuheben ist). Vgl. auch Linde Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 13, Bolgiano Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XXI S. 30 fg. Die Praxis ist der hier vertretenen Ansicht entschieden günstig. Vgl. Seuff. Arch. II. 250, VIII. 99, XX. 189, XXIV. 89. 90. 91; I. 367, V. 236; VIII. 171, IX. 86, X. 294, XVIII. 181, XXVII. 68. Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 242. S. andererseits Seuff. Arch. X. 295, XXIV. 92, vgl. XXV. 183, XXVII. 69. 179.

[21] Fest steht, daß die Zurückweisung der in der Compensationseinrede vorgebrachten Forderung gegen jede fernere Geltendmachung der Forderung die exc. rei iudicatae begründet, l. 7 §. 1 D. de compens. 16. 2, l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5; Seuff. Arch. I. 367, V. 236. Warum soll nun für andere einredeweise vorgebrachte Rechte das Gegentheil gelten, z. B. in dem Falle, wo dem Publicianischen Anspruch das Eigenthum entgegengesetzt worden ist? Daß l. 18 D. de evict. 21. 2 nicht entgegensteht, darüber s. Savigny VI S. 428—429, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 111 Note 78. Macht aber die Entscheidung über die einredeweise vorgebrachten Rechte Rechtskraft, so liegt auf der Hand, ein wie bedeutendes Argument schon hierin für die Annahme liegt, daß das Gleiche auch für die Entscheidung über solche Rechte gelte, welche in dem früheren Processe als Voraussetzung des eigentlich zur Entscheidung stehenden Anspruchs vorgebracht worden sind. Dafür spricht ferner, wenn man auch von der Analogie des Eides (l. 13 §. 2 D. de iurei. 12. 2) absehen will, in entscheidender Weise l. 1 D. h. t. (Windscheid die Actio rc. rc. S. 103). S. ferner l. 6 §. 4 D. nautae 4. 9 und dazu Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 129 fg. Die Stellen auf der anderen Seite, welche man dawider vorgebracht hat, sind nicht durchgreifend. Die beweisendste, l. 1 C. de ord. iud. 3. 8, kann doch immer davon verstanden werden, daß sie nur sagen wolle, der Richter brauche sich der Hauptentscheidung nicht deßwegen zu enthalten, weil er für eine Vorfrage nicht competent sei, da ja diese nicht den unmittelbaren Gegenstand seines Spruches bilde — wobei als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, daß seine Entscheidung über die Vorfrage, eben weil er für diese nicht competent sei, auch nicht rechtskräftig werde. Vgl. auch l. 3 C. de iud. 3. 1. L. 15 §. 4 D. de re iud. 42. 1 und l. 5 §. 8. 9 D. de agnosc. 25. 3 (vgl. §. 18 eod., l. 10 D. de his qui sui l. 6)

Uebrigens ist die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache nicht diejenige, welche diese Einrede ursprünglich im römischen Recht gehabt hat. Ursprünglich war die Bedeutung derselben nicht, daß durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Urtheils geltend gemacht werden sollte, die Regel lautete nicht, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, worüber entschieden sei[22]. In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, daß diese Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen[23], und es ist an ihre Stelle

---

sprechen von einer Entscheidung auf Grund eines summatim cognoscere, also einer die Sache nicht erledigenden Untersuchung; nimmt man die Briegleb'sche Erklärung des summatim cognoscere an, daß es nicht die Zulassung ungenügender Beweise, sondern die Ausschließung illiquider Einreden bedeute, so erklärt sich auch, warum es in l. 5 §. 8 cit. heißt: „si *constiterit* filium esse", ohne daß deßwegen die Entscheidung mehr Anspruch auf Rechtskraft gewönne. Briegleb summar. Processe §. 54. 57. 75—90. Wenn l. 17 D. de exc. 44. 1 und l. 23 D. h. t. die exc. rei iudicatae für unzulässig erklären, so sagen sie mit keinem Worte, daß in dem früheren Processe das betreffende Recht aberkannt worden sei. — Am bedenklichsten bleibt die Annahme, daß nicht bloß die Vorentscheidungen über Rechte, sondern auch die Vorentscheidungen über Thatsachen rechtskräftig werden sollen, obgleich die Consequenz schwer abzulehnen ist. — Jedenfalls aber darf man die Rechtskraft nicht auf diejenigen Vorentscheidungen ausdehnen, welche der Richter gegen die Partei, für welche die Hauptentscheidung ergeht, nebenbei (überflüssiger Weise) getroffen hat. Z. B. es wird ein Servitutenanspruch bestritten: 1) weil nicht der Kläger, sondern der Beklagte Eigenthümer des herrschenden Grundstücks sei, 2) weil die Servitut dem Grundstück gar nicht erworben sei, und zu 1) wird für den Kläger entschieden, zu 2) für den Beklagten. Man kann dem Beklagten nicht zumuthen oder auch nur gestatten, gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel einzulegen, welches ihm gegen den klägerischen Anspruch vollkommen Ruhe schafft. Gegen diese Ausdehnung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe s. Seuff. Arch. II. 250 a. E., III. 209, VIII. 100, XV. 80; andererseits XVIII, 181.

[22] Sie war eine andere Form der exceptio rei in iudicium deductae. Die durch die litis contestatio begründete exceptio rei in iudicium deductae verwandelt sich mit dem Urtheil in die exceptio rei iudicatae. Man hat diese ursprüngliche Function der exceptio rei iudicatae (in nicht glücklicher Weise [vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 110]) die negative, die spätere die positive genannt.

[23] Die Betrachtung, von welcher das römische Recht ausgegangen ist,

diejenige gesetzt worden, welche im Vorhergehenden näher entwickelt worden ist; sie ist die für das heutige Recht allein maßgebende[24].

---

ist folgende sehr nahe liegende: kein Kläger kann ein zweites Urtheil begehren; denn entweder ist für ihn entschieden worden, dann hat er in dem Urtheil seine Befriedigung — oder es ist gegen ihn entschieden worden, dann verdient er keine Befriedigung. Man wurde jedoch bald auf Fälle aufmerksam, in denen der Satz sich als trügerisch erwies, daß der siegreiche Kläger durch das erstrittene Urtheil Befriedigung habe, in denen der siegreiche Kläger trotz des Urtheils sich genöthigt sah, auf den früher geltend gemachten Anspruch zurückzukommen. In solchen Fällen half man sich damit, daß man dem Kläger gegen die exceptio rei iudicatae eine replicatio rei secundum se iudicatae gab; von derselben ist noch die Rede in l. 9 §. 1 D. h. t., l. 16 §. 5 D. de pign. 20. 1, vgl. auch l. 9 pr. D. h. t. Noch entscheidender aber trat das Ungenügende jener Auffassung hervor, als man sich zum Bewußtsein zu bringen begann, daß die auctoritas rei iudicatae verletzt werden könne, auch ohne daß der abgewiesene Kläger mit dem nämlichen Anspruch auftrete, wenn z. B. der in der Eigenthumsklage besiegte Beklagte seinerseits auf Eigenthum klage. In solchen Fällen lag über den jetzt vorgebrachten Anspruch eben kein Urtheil vor; sollte er deßwegen zugelassen werden? Nein, sagte man; denn durch das frühere Urtheil ist der jetzt vorgebrachte Anspruch mit aberkannt. So hatte man auch in diesen Fällen eine exc. rei iudicatae, nur eine exc. rei iudicatae ganz anderen Sinnes, eine Einrede nicht der gesprochenen, sondern der abgesprochenen Sache. — „Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verschiedenen, Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werks von Keller (§. 28. 29. 30)". So Savigny VI S. 20. In der neueren Zeit ist aber diese Keller'sche, durch ihn zur allgemeinen Herrschaft gelangte, Lehre bestritten worden von Bekker in seiner Schrift über processualische Consumption (namentlich S. 13 fg. 132 fg.), s. auch Aktionen des röm. Privatrecht I S. 349 fg. (vgl. unten); ihm sind Dernburg Heid. krit. Zeitschr. II S. 347 fg., und Preuß. Privatr. I §. 136, Brinz §. 45. 46, Rudorff röm. RGesch. II S. 262 Note 5 gefolgt. Diese Schriftsteller schreiben der exc. rei iudicatae nur die negative Function zu. Ihre Lehre scheitert aber an dem nachgewiesenen Umfang derselben. S. Windscheid die Actio &c. &c. §. 10 namentlich S. 104 fg., Krüger S. 138 fg., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 636 fg. In seiner Schrift über die Aktionen a. a. O. will jetzt Bekker „das Vorkommen einer auf den materiellen Inhalt einer Sentenz Bezug nehmenden Exception" „nicht gerade unter die Unmöglichkeiten stellen"; aber dieß sei keine auf res iudicata formulirte und technisch exceptio rei iudicatae geheißene Einrede gewesen, auch dürfe eine Einrede dieser Art nur „in den wenigen Fällen" anerkannt werden, wo sie von den Quellen direct bezeugt sei.

[24] Savigny §. 282, Wächter Erörterungen III S. 41 fg., Vangerow

## §. 131.

In demselben Umfange, in welchem die wiederholte Vorbringung eines in einem früheren Urtheil zurückgewiesenen Punktes ausgeschlossen ist, in demselben Umfange ist auch ausgeschlossen die

---

I §. 173 Anm. 1 Nr. III. S. auch F. Bruck die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses auf den vom Richter im Erkenntniß übergangenen Zinsenpunkt (1873). Von anderen Schriftstellern wird behauptet, daß das Urtheil auch im Justinianischen bez. heutigen Recht noch consumirend wirke (Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 111. III §. 156, Wetzell Civilproc. §. 47, Unger II S. 682—685 und §. 132 Note 4a, Bekker I Aktionen S. 351, Buchka II S. 211 fg. [der Letztere mit Beschränkung auf das condemnatorische Urtheil], Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 271 fg. [1873, unvollendet]. Diese Ansicht hat praktische Bedeutung für den Fall, wo ein Anspruch nicht in demjenigen Umfang geltend gemacht worden ist, in welchem er geltend gemacht werden konnte, z. B. es ist bloß auf das Kapital geklagt worden, nicht auch auf die aufgelaufenen Verzugszinsen. In diesem Fall entsteht die Frage, ob das Erkenntniß über den Anspruch in der Begrenzung, wie er vorgebracht worden ist, die Möglichkeit ausschließt, das im ersten Processe nicht Geforderte in einem zweiten Processe nachzufordern, und diese Frage wird von den genannten Schriftstellern verneint, s. auch Sintenis II S. 97 und Seuff. Arch. VI. 165, VII. 14, XII. 92. Die Sache ist nicht unzweifelhaft. Zuzugeben ist, daß aus dem Wegfall der consumirenden Kraft der Litiscontestation der Wegfall der consumirenden Kraft des Urtheils nicht mit Nothwendigkeit folgt. Das römische Recht konnte jene fallen lassen, und diese festhalten; es sind zwei verschiedene Sätze: über dieselbe Sache nicht zwei Gerichte, und: über dieselbe Sache nicht zwei Urtheile. Aber eine andere Frage ist, ob das spätere römische Recht das Princip der processualischen Consumtion überhaupt in der Strenge aufrecht erhalten hat, daß dadurch nicht bloß eine zweite Klage über das Aberkannte, sondern auch eine zweite Klage über dasjenige ausgeschlossen werden sollte, über welches in dem ersten Proceß gar nicht verhandelt worden war. Hat das römische Recht anerkanntermaßen das Consumtionsprincip aufgegeben, so weit es den Kläger hinderte, das ihm Zuerkannte zu verfolgen: konnte es dann nicht weiter gehen, und das Consumtionsprincip aufgeben auch zu Gunsten des dem Kläger nicht Aberkannten? Und es ist schwer, diese Frage zu verneinen Angesichts von Entscheidungen, wie sie sich finden in l. 13 pr. D. de inst. act. 14. 3, l. 30 §. 4 D. de pec. 15. 1, l. 1 §. 10 D. quando de pec. 15. 2, l. 46 §. 5 D. de adm. tut. 26. 7, l. 2 C. de iud. 3. 1. Geht aus diesen Stellen nicht hervor, daß das Urtheil der Nachforderung des in dem ersten Processe nicht Geforderten dann nicht entgegenstehen soll, wenn der Kläger es deßwegen nicht gefordert hat, weil er nicht wußte, daß es ihm gebühre, oder weil es ihm zu jener Zeit noch nicht gebührte? Von der andern Seite beruft man sich nun zwar auf l. 4 C. dep. 4 34, l. §. 3 D. de nox. act. 9. 4, l. 1 C. si adv.

Bestreitung eines in einem früheren Urtheil anerkannten[1]. Aus der Geltendmachung dieser Seite der Rechtskraft ergibt sich zwar keine Einrede, da die Einrede ihrem Begriffe nach nur gegen eine Behauptung möglich ist; es ist jedoch das Wesen des hier stattfindenden Verhältnisses kein anderes, als in dem zuvor betrachteten Fall. Wie dort die Behauptung, so wird hier die Bestreitung durch

---

rem iud. 2. 27, l. 4 C. de iud. 3. 1, l. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7. 51. Aber die Bestimmung der letzten Stelle ist offenbar rein positiver Natur, und den übrigen Stellen gegenüber bleibt die Annahme möglich, daß sie (in ihrem ursprünglichen Sinn oder im Zusammenhange der Compilation) zu beziehen seien entweder auf einen Fall des Nichtforderns in Bewußtsein der Zuständigkeit des Rechts zum Fordern, oder auf den Fall des Sichberuhigens bei dem ergangenen Urtheil trotz der Nichtzuerkennung des Geforderten (vgl. l. 13 C. de usur. 4. 32). Vgl. Reyscher Zeitschr. f. d. deutsch. R. XVII. 1 (1857) und, was den Fall der Nichtzuerkennung angeht, einerseits Savigny VI S. 301 fg., andererseits Bruck a. a. O. S. 38 fg., Westerburg S. 266 fg., Seuff. Arch. I. 369, X. 297. — Wächter Erörter. III S. 42. 49. 55 (vgl. Lehrb. II §. 51 Note 15. 16), obgleich er die negative Function der exc. rei iudicatae für das neueste römische und heutige Recht verwirft, kommt doch, was die besondere hier behandelte Frage angeht, zu dem gleichen Resultat wie die oben genannten Schriftsteller (vgl. auch Savigny VI S. 304 in Verbindung mit S. 452), auf Grund der Annahme, daß jedes Urtheil, indem es zuerkenne, was es zuerkenne, das Mehr aberkenne. Aber ist das nicht ein Rückfall in die Lehre von der consumirenden Kraft des Urtheils, und darf man sagen, daß ein Urtheil die Macht oder auch nur den Willen habe, über Etwas zu erkennen, was gar nicht gefordert worden ist? Vgl. Seuff. Arch XII. 91, auch X S. 296, und dazu Westerburg a. a. O. S. 252 fg. Und wie ist es, wenn das Urtheil nicht zu- sondern aberkennt, z. B. den Anspruch auf das Kapital wegen erfolgter Rückzahlung?

[1] Dieser Satz, welcher sich unmittelbar aus dem Wesen der Rechtskraft ergibt, ist deßwegen nicht weniger sicher, weil er in den Quellen bei weitem weniger hervorgehoben wird, als sein Gegenstück. Vgl. l. 11 §. 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4, l. 15 §. 2 D. de inoff. 5. 2, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. si ingen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Windscheid die Actio ꝛc. S. 109—112, Unger II S. 672 fg. Die Gründe, aus denen Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 4. 10 diese Wirkung des Urtheils bestritten hat, sind ungenügend; vgl. Windscheid a. a. O. S. 109 Note 50, dagegen aber wieder, für das classische Recht, Dernburg Pfandrecht I S. 558 und Preuß. Privatr. I §. 137 Note 11. Daß diese Wirkung des Urtheils nicht zur vollständigen Anerkennung gelangt sei, behauptet Krüger S. 174 fg. Uebereinstimmend mit dem hier Vorgetragenen Seuff. Arch. I. 282, VI. 67, VIII. 304, IX. 336, XXV. 183, XXVII. 68. 69; dagegen, in einem allerdings besonderen Falle, IV. 226.

§. 131.

die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil gelähmt; in Folge davon gilt sie als nicht gemacht, und der Richter legt das bestrittene Recht oder Factum seinem Urtheil zu Grunde, als wäre eine Bestreitung nicht erfolgt[2]. Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Zuerkennung des Ganzen eine Zuerkennung des Theils, und in der Zuerkennung des Theils eine Zuerkennung des Ganzen ebenso liegt, wie dieß oben von der Abweisung bemerkt worden ist[3]; daß ebenso ein zuerkanntes Recht auch dann nicht weiter bestritten werden kann, wenn auf Grund desselben etwas Anderes in Anspruch genommen wird[4], oder wenn es einem Anspruch des Gegners als Einrede entgegengesetzt wird[5], daß endlich auch das in der Vorentscheidung des früheren Urtheils Anerkannte in gleicher Weise der Bestreitung in einem ferneren zwischen den Parteien stattfindenden Proceß entzogen ist[6].

---

[2] Das Urtheil steht also dem Geständniß gleich; es begründet wie dieses eine Ausnahme von dem Satz, daß das Bestrittene für den Richter nicht vorhanden sei, bis der Behauptende es bewiesen habe. Man kann auch sagen, das Urtheil begründe eine praesumtio iuris et de iure (§. 133 Note 10).

[3] Handelt es sich aber nicht von einem Ganzen und seinen Theilen, sondern von einem bloßen Mehr und Minder, so enthält zwar die Zuerkennung des Mehr auch die Zuerkennung des Minder, aber natürlich nicht die Zuerkennung des Minder auch die Zuerkennung des Mehr. Der Theil ist dem Ganzen gegenüber nichts Selbständiges, wohl aber die geringere Quantität der größeren gegenüber.

[4] Z. B. auf Grund des zuerkannten Eigenthums die Früchte der Sache, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

[5] Z. B. eine zuerkannte Forderung als Compensationseinrede.

[6] Namentlich kann also auch dann das frühere Urtheil angerufen werden, wenn durch dasselbe auf Grund des Rechts, um welches es sich jetzt handelt, der Beklagte, welcher dieses Recht als Einrede entgegengesetzt hat, absolvirt worden ist, z. B. es ist der Beklagte auf Grund einer Compensationseinrede absolvirt worden, welche er auf die jetzt geltend gemachte Forderung gestützt hat. Unger II S. 636 fg. leugnet dieß, während er für den Fall, wo die Einrede verworfen und deßwegen der Beklagte condemnirt worden ist, die Berufung auf das frühere Urtheil gestattet, wie dieß freilich nach den in §. 130 Note 21 angeführten Stellen nothwendig ist; er meint, in diesem letzteren Falle liege die Aberkennung der Einrede unmittelbar in der Anerkennung des klägerischen Anspruchs, dagegen in jenem ersteren nicht in gleicher Weise auch die Anerkennung der Einrede unmittelbar in der Aberkennung des klägerischen Anspruchs. Aber diese Unterscheidung beruht auf einem Irrthum. Auch im Falle der Verurtheilung enthält nicht das condemnatorische Urtheil eine Aberkennung

## §. 132.

Die Rechtskraft des Urtheils wirkt nur zwischen den Parteien, zwischen welchen dasselbe ergangen ist; Dritten kann das Urtheil weder in seiner negativen Wirkung (§. 130), noch in seiner positiven (§. 131) entgegengesetzt werden[1]. Die Dritten müßten denn das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloß hinterher, sondern auch im Voraus, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann[2]. Aber auch abgesehen von der Anerkennung muß derjenige, welcher sein Recht von einem

---

des von dem Beklagten vorgebrachten Rechts, sondern es gelangt zur Condemnation auf Grund der Aberkennung dieses Rechts; es entscheidet: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, und 2) das ihm entgegengesetzte Recht nicht begründet. In gleicher Weise entscheidet es im Falle der Freisprechung: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, 2) es sei aber auch das ihm entgegengesetzte Recht begründet.

[1] L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare". L. 7 §. 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur". L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. de re iud. 42. 1, l. 2 C. de exc. 8. 36.

[2] Eine im Voraus und stillschweigend gegebene Anerkennung liegt vor, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae", l. 63 D. de re iud. 42. 1. Anders wenn „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit". Der Unterschied liegt darin, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est" (l. 63 cit.). Vgl. c. 25 X. de sentent. 3. 27. Keller Litiscontest. und Urtheil S. 368 fg., Savigny VI S. 476—479, Freudentheil Arch. f. civ. Pr. XLII. 5, Binding das. XLVII. 13 (welcher den Pfandfall der Stelle gut aus der alten fiducia erklärt, vgl. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 11 §. 10 D. h. t. und die Worte der Stelle „qui priorem dominum defendere causam patitur"). Seuff. Arch. VII. 170. — Hierher gehört nach römischem Recht auch der Fall der Stellvertretung, da das Urtheil nicht, wie es bei uns der Fall ist, auf den Kopf des Vertretenen, sondern auf den Kopf des Vertreters gestellt wurde. Vgl. l. 4 l. 11 §. 7 l. 25 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 und Keller Litiscontest. und Urtheil §. 39—44.

Andern ableitet, sich das gegen diesen Anderen gesprochene Urtheil gefallen lassen[3]; wogegen er aber auch umgekehrt sich auf das für denselben gesprochene Urtheil berufen kann. Ferner gibt es einige mehr positive Ausnahmen von der aufgestellten Regel. 1) Wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zusteht, so wirkt das von dem einen Mitberechtigten oder dem einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil auch zu Gunsten des anderen Mitberechtigten und des anderen Mitverpflichteten[4]. Dagegen wirkt das gegen den einen Mitverpflichteten erstrittene Urtheil gegen den andern Mitverpflichteten nicht[5], und das gegen den einen Mitberechtigten erstrittene Urtheil wirkt gegen den andern Mitberechtigten nur dann, wenn der unterliegende Mitberechtigte zur alleinigen Verfügung über das Recht befugt war[6]. 2) Wenn

---

[3] Das gilt nicht bloß für den Gesammt- sondern auch für den Sondernachfolger, und nicht bloß für den Erwerb durch Rechtsnachfolge, sondern für jeden anderen abgeleiteten Erwerb. L. 9 §. 2 l. 11. §. 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 §. 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1. Natürlich wird aber vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege: ein späteres Urtheil schadet dem Erwerber ebenso wenig, wie eine spätere das Recht des Urhebers vernichtende Thatsache. L. 11 §. 10 l. 29 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 8 pr. D. de pign. 20. 1. Vgl. Seuff. Arch. VI. 67, VIII. 303. 304.

[4] L. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio . . et victoria et aliis proderit" Ebenso hilft nach l. 42 §. 3 D. de iurei. 12. 2 das von einem Correalschuldner erstrittene absolutorische Urtheil dem Mitschuldner. S. auch l. 6 §. 4 D. nautae 4. 9 (dazu Hartmann Arch. f. civ. Pr. L S. 129 fg.). Daß in gleicher Weise das von einem Correalgläubiger erstrittene Urtheil dem andern Correalgläubiger hilft, darf arg. l. 4 §. 3 cit. nicht bezweifelt werden. Doch sind beide zuletzt genannten Sätze nicht allgemein anerkannt, vgl. II §. 295 Note 8 und Savigny Obl. I S. 191. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 138 Note 10.

[5] Das Gegentheil wird behauptet für den Fall, wo ein Servitutenanspruch gegen den einen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks siegreich durchgeführt wird. So z. B. Savigny VI S. 481, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 160 fg. Aber das heiße nichts Anderes, als dem Miteigenthümer das Recht geben, das gemeinschaftliche Grundstück einseitig mit einer Servitut zu belasten. Durch l. 4 §. 4 D. si serv. 8. 5 wird diese Behauptung nicht bewiesen.

[6] So wirkt die Abweisung des einen Correalgläubigers auch gegen den anderen Correalgläubiger, arg. l. 28 pr. D. de iurei. 12. 2; doch ist auch

das persönliche Verhältniß einer Partei im Streite mit derjenigen Person festgestellt worden ist, welche dabei zunächst betheiligt ist, so wirkt diese Feststellung auch gegen Dritte[7]. 3) Das zwischen dem gesetzlichen und dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments ergangene Urtheil ist maßgebend auch für die Vermächtnißnehmer[8], und überhaupt für Alle, für oder gegen welche sich aus der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments Ansprüche ergeben[9]. 4) Ist auf Grund eines Notherbenrechts von Jemandem, welchem dieses Notherbenrecht nicht zusteht, ein das Testament umstoßendes Urtheil erwirkt worden, so kann sich darauf der wirkliche Notherbe berufen[10].

---

dieses bestritten, s. II §. 295 Note 8. Anders bei der untheilbaren Obligation, II §. 299 Note 10. Ebensowenig wirkt die Abweisung des einen Miteigenthümers, welcher für das gemeinschaftliche Grundstück eine Servitut in Anspruch genommen hat, gegen den andern Miteigenthümer. Das Gegentheil sagt nicht l. 19 D. si serv. 8. 5, auch nicht l. 31 §. 7 D. neg. gest. 3. 5. Wächter II §. 73 Note 80. Auch hier aber wird das Gegentheil behauptet, s. die in der vorigen Note Genannten, Elvers Servitutenlehre S. 800.

[7] Wenn die Vaterschaft dem Vater gegenüber festgestellt ist, ist sie auch den Geschwistern gegenüber festgestellt, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3; ist dem Kinde gegenüber festgestellt, daß Jemand nicht Vater sei, so kann derselbe das Kind auch nicht von einem Dritten abfordern, l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, wenn die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten festgestellt oder negirt worden ist. Bei den Römern gehörte auch der Fall der Freiheit und Freigeborenheit hierher, l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 42 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 14 D. de iure patr. 37. 14, l. 5 C. de ord. cogn. 7. 19. In allen diesen Fällen wirkt jedoch das Urtheil gegen Dritte nicht so weit, daß denselben benommen wäre, zu behaupten, daß sie selbst die bei dem Rechtsverhältniß unmittelbar Betheiligten seien. So kann das Urtheil über die Vaterschaft nicht demjenigen entgegengesetzt werden, welcher selbst behauptet, der wahre Vater zu sein. Vgl. l. 42 D. de lib. causa 40. 12, l. 1. 5 D. si ingen. 40. 14. Keller Litiscont. und Urtheil §. 47, Wächter II S. 571, Buelow de praeiudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 49 sqq. Enger Savigny VI S. 472—473, Wetzell Civilproc. §. 47 Note 34 fg., Renaud Civilproc. §. 160 Note 21.

[8] L. 3 pr. D. pe pign. 20. 1, l. 14 D. de apell. 49. 1, l. 50 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 8 §. 16 l. 17 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. §. 2 C. de P. H. 3. 31. Vgl. III §. 584 Note 19.

[9] L. 50 §. 1 i. f. D. de leg. I° 30, l. 15 §. 2 D de inoff. 5. 2. Vgl. Wetzell Civilproc. §. 47 Note 33.

[10] L. 6 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. III §. 584 Note 26.

## Anhang. Der Beweis.

### §. 133.

Die Lehre vom Beweise ist keine Lehre des materiellen Rechts, sie gehört dem Proceßrechte an. Aber sie hat Seiten, welche zu dem materiellen Rechte in unmittelbarer Beziehung stehen. Diese sind hier darzustellen.

1. Wer muß beweisen[1]? Der Kläger muß diejenigen Thatsachen[2] beweisen[3], welche er zur Begründung des von ihm geltend gemachten Anspruchs behaupten muß[4]. Zu behaupten braucht er

---

§. 133. [1] Aus der Literatur über die Lehre von der Beweiskraft ist hier hervorzuheben: Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Nr. VI (1805, 8. Ausg. besorgt von Heffter 1845). Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V (1827). Heffter in den Zusätzen zu der angeführten Schrift von Weber S. 202 fg. (1845). Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (1858). Langenbeck die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II S. 248—358 (1869). Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861). Burckhardt die civilistischen Präsumtionen S. 125—165 (1866). Unger II S. 555 fg. Wetzell Civilproc. §. 15.

[2] Rechtssätze bilden keinen Gegenstand des processualischen Beweises. Aufgabe der Parteien ist Herbeischaffung der Thatsachen; die Rechtsregeln thut der Richter aus dem Seinigen dazu. Iura novit curia. Allerdings gibt es Fälle, in welchen die officielle Kenntniß eines Rechtssatzes dem Richter nicht zugemuthet werden kann (z. B. wenn der Rechtssatz einem der Zeit oder dem Ort nach entlegenen Recht, oder dem Gewohnheitsrecht angehört); in solchen Fällen muß freilich die Partei, welche Anwendung dieses Rechtssatzes verlangt, dem Richter Ueberzeugung von demselben verschaffen; aber das ist kein processualischer, nach den Regeln des Proceßrechts zu führender Beweis. Vgl. §. 14 Note 8. 4, §. 17 Note 2, Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 2, Bayer Vortr. S. 681—684.

[3] Vorausgesetzt, daß sie bestritten und bestreitbar sind. Was nicht bestritten (was vor Gericht zugestanden) ist, muß der Richter ohne Weiteres seinem Urtheil zu Grunde legen, ganz abgesehen davon, ob er von der Wahrheit desselben überzeugt ist oder nicht; es genügt, daß die Partei will, daß es als wahr angenommen werde. Unbestreitbar sind einmal die s. g. notorischen Thatsachen, sodann diejenigen, deren Bestreitung eine Rechtsregel verbietet, z. B. die durch rechtskräftiges Urtheil festgestellten (vgl. Note 11). Ueber das Geständniß s. Bethmann-Hollweg Versuche Nr. IV, Savigny VII §. 303—308; über die Notorietät Wetzell Civilproc. §. 20 Nr. 3, Bayer S. 719 fg.

[4] Das Princip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer

aber: a) nur solche Thatsachen, welche den geltend gemachten Anspruch zu begründen im Stande sind, nicht solche, aus welchen seine gegenwärtige Existenz hervorginge. Thatsachen dieser letzteren Art gibt es nicht; beruft sich der Gegner darauf, daß der einmal entstandene Anspruch gegenwärtig nicht mehr existire, so ist es an ihm, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche den Anspruch aufzuheben im Stande waren[5]. b) Dem Anspruch kann, obgleich er an und für sich begründet ist, eine Thatsache entgegenstehen, welche seine Wirksamkeit hemmt; es ist nicht an dem Kläger, die Abwesenheit solcher Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, sondern der Beklagte muß ihr Dasein behaupten und beweisen[6]. c) Eine Thatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne daß sie ihn unter allen Umständen erzeugt, ihrer rechtserzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen; für solche Hindernisse gilt dasselbe, was zuvor bemerkt wurde, es muß nicht der Kläger ihre Abwesenheit, sondern der Beklagte ihr Dasein behaupten und beweisen[7]. — Für die

---

behauptet, nicht wer bestreitet: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" (l. 2 D. de prob. 22. 3); — „cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est" (l. 23 C. eod. 4. 19). Deßwegen liegt auch der Beweis zunächst dem Kläger ob, da dieser zunächst der Behauptende ist, nicht dem Beklagten. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit" (l. 21 D. h. t., l. 8. 20 C. eod.). Aber in der Einrede behauptet auch der Beklagte; daher „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere" (l. 19 pr. l. 25 §. 2 D. h. t.). Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. — Ein böses Mißverständniß des Satzes „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat" ist es, wenn man unter negare nicht Bestreitung einer gegnerischen Behauptung, sondern Behauptung einer negativen Thatsache versteht. Was eine Partei behaupten muß, muß sie auch beweisen, ohne Unterschied, ob es eine positive oder negative Thatsache ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 324—331.

[5] L. 12 D. l. 1 C. h. t.

[6] Mit anderen Worten: Einreden im civilrechtlichen Sinne (römische exceptiones) muß der Beklagte beweisen. Vgl. Note 4.

[7] Mit anderen Worten: auch die Einreden im processualischen Sinne muß der Beklagte beweisen. Beispiel: wer sich auf eine Willenserklärung beruft, braucht nicht die Geistesgesundheit ihres Urhebers nachzuweisen, der Gegner muß den Wahnsinn darthun (l. 5 C. de codic. 6. 36); ebensowenig

Vertheidigung des Beklagten sind die gleichen Grundsätze maßgebend, wie für den Angriff des Klägers. Auch der Beklagte braucht nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche an und für sich fähig sind, die zur Vertheidigung angerufene rechtliche Wirkung zu einer an und für sich begründeten zu machen, mag diese Wirkung ein eigener Anspruch sein, wie z. B. bei der Compensationseinrede, oder Wiederaufhebung des klägerischen Anspruchs, oder Lähmung seiner Wirksamkeit, oder Ausschließung seiner Entstehung. Und wie die Vertheidigung des Beklagten, ist natürlich auch die Gegenvertheidigung des Klägers zu behandeln u. s. w. — Wie aber in Gemäßheit der hier aufgestellten Regeln im einzelnen Fall das zu behauptende und zu beweisende Material unter die Parteien zu vertheilen sei, und namentlich was dazu gehöre, damit man sagen könne, eine rechtliche Wirkung sei an und für sich begründet und nur gehemmt, und damit von einer an und für sich wirkenden Thatsache geredet werden könne: das sind Fragen, die nur aus der besonderen Natur der zur Frage stehenden Rechtsverhältnisse beantwortet werden können, und dieß eben ist die civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast, wegen deren es nothwendig war, hier ihre Principien darzulegen[8].

2. Was die Beweisgründe und Beweismittel angeht, so ist darüber hier Folgendes zu bemerken.

a. Der Beweis kann unter Anderem[9] auch geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatsachen, in welchem Falle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht. Solche Schlüsse sind ent-

---

braucht er die Nichtzurücknahme der Willenserklärung zu beweisen, der Beweis der Zurücknahme trifft den Gegner (l. 22 D. h. t., l. 22 D. de leg II° 31, l. 11 §. 12 D. de leg. III° 32); der Vermächtnißnehmer braucht nicht zu beweisen, daß die Vorschrift des Falcidischen Gesetzes nicht Platz greife, der beschwerte Erbe muß darthun, daß sie Anwendung finde (l. 17 D. h. t.).

[8] Eine Reihe von hierher gehörigen Fällen ist zusammengestellt bei Unger II §. 123 Note 22—25 und S. 468—471. §. 129 Note 28—33a und S. 572—577, ferner bei Maxen S. 109 fg.

[9] Außerdem durch Verweisung auf eigene sinnliche Wahrnehmung oder auf glaubwürdige Aussagen anderer Personen (Beweis durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid).

weder der eigenen Einsicht des Richters überlassen, oder sie sind vom Rechte einerseits autorisirt und andererseits dem Richter zur Pflicht gemacht[10]. In welchen Fällen dieß Letztere der Fall sei, ist wieder eine im Civilrecht bei der Darstellung der einzelnen Materien zu beantwortende Frage[11].

b. Durch den Eid des Behauptenden kann der Beweis regelmäßig nur dann geführt werden, wenn die Gegenpartei sich damit zufrieden erklärt hat, daß seinem Eide geglaubt werde[12], oder wenn der Richter ihm die Ergänzung eines unvollständigen Beweises durch Eid gestattet[13]. Ausnahmsweise aber hat der Behauptende das Recht, auch ohne diese Voraussetzungen durch seinen Eid zu beweisen[14], und die Bedingungen dieses Rechts sind wieder civil-

---

[10] In diesem Falle spricht man von einer Rechtsvermuthung, s. g. praesumtio iuris im Gegegensatze zur praesumtio facti s. hominis. Vgl. über die Rechtsvermuthungen: Unger §. 130 und die neueste (etwas breite, aber sonst gute) Darstellung von Burckhard, die civilistischen Präsumtionen (1866). — Bei den Rechtsvermuthungen findet noch der Unterschied statt, daß das Recht entweder den Gegenbeweis zuläßt, daß der von ihm autorisirte Schluß in dem vorliegenden Falle nicht zutreffe, oder daß es diesen Gegenbeweis ausschließt. In dem letzteren Falle spricht man von einer praesumtio iuris et de iure (sc. contrarii probationem non admittens). Vgl. c. 30 X. de spons. 4. 1, übrigens auch Burckhard S. 369 fg.

[11] Beispiele von (widerlegbaren) Rechtsvermuthungen in: l. 12 D. de statu hom. 1. 5 in Verbindung mit l. 6 D. de his qui sui 1. 6 (§. 56 b Note 1. 2), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de apoch. publ. 10. 22 (II §. 344 Num. 3). — Von Rechtsvermuthungen wird übrigens auch da gesprochen, wo ein Rechtssatz, ohne eine Schlußfolgerung zu autorisiren, vorschreibt, daß eine gewisse Thatsache ohne Beweis als feststehend angenommen werden soll. Beispiele in: l. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4 (§. 53 Note 5), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (II §. 509 Note 36.)

[12] S. g. iusiurandum voluntarium, Haupt- oder Schiedseid. Vgl. Savigny VII §. 309—314.

[13] S. g. iusiurandum suppletorium, Erfüllungseid. Ist nicht das Uebergewicht des Bewiesenen auf Seite des Behauptenden, so erkennt der Richter in gleicher Weise auf Wegräumung des gelieferten Anfangs von Beweis durch den Eid des Leugnenden, s. g. iusiurandum purgatorium, Reinigungseid. Für beide Eide braucht man heutzutage den Ausdruck iusiurandum necessarium.

[14] Iusiurandum in litem, Schätzungs- oder Würderungseid. Dig. 12. 3, Cod. 5. 53 de in litem iurando. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 11. VIII S. 159. 160, Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III

rechtlicher Natur. Dasselbe greift nämlich Platz bei gewissen Ansprüchen zur Strafe des Verpflichteten, wenn der Anspruch durch seine Arglist unerfüllt bleibt[15]; der Berechtigte kann hier durch seinen Eid die Höhe seines Interesse bestimmen, vorbehaltlich jedoch des Rechts des Richters, im Voraus eine Grenze zu bestimmen oder hinterher eine Ermäßigung eintreten zu lassen, oder auch aus erheblichen Gründen den Eid ganz zu verweigern[16]. Die Ansprüche, bei denen dieß gilt, sind: der Anspruch auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes, der Anspruch auf Herstellung des einem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes, der Anspruch auf Vorweisung einer Sache[17]. Im Nothfall wird dieser Eid auch bei anderen Ansprüchen und bei jeder Schuld des Verpflichteten zugelassen, wenn es nämlich an andern Mitteln zur Feststellung des Werths einer zu schätzenden Sache fehlt[18].

---

S. 259—265. Glück XII S. 398—482, Vangerow I §. 171, Sintenis II S. 80—90, Wetzell Civilproc. §. 28 Nr. 1.

[15] Entweder weil er nicht erfüllen will, oder weil er nicht erfüllen kann. Der erste Fall der Anwendung des Schätzungseides war im classischen römischen Rechte ungleich wichtiger, als er bei uns ist, da der Beklagte, welcher den klägerischen Anspruch nicht freiwillig erfüllte, nie anders als auf Geld condemnirt werden konnte. Die technische Bezeichnung für die Weigerung der Erfüllung durch den Beklagten ist contumacia. L. 1 l. 2 §. 1 l. 4 § 4 l. 5 §. 3 D. h. t., l. 18 pr. §. 1 D. de dolo 4. 3, l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 25 §. 1 D. sol. matr. 24. 3. Der Arglist wird auch hier die grobe Fahrlässigkeit gleichgestellt, l. 2 C. h. t.

[16] L. 3 l. 4 §. 1—3 l. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo 4. 3. Seuff. Arch. X. 311, XIV. 181. 182, XVI. 164.

[17] Die Römer sagen, das iusiurandum in litem finde Statt bei den actiones auf restituere und exhibere (l. 2 §. 1 l. 5 pr. D. h. t., l. 68 D. de R. V. 6. 1). Exhibere rem heißt, eine Sache vorweisen (l. 2 l. 9 §. 5 D. ad exh. 10. 4, l. ult. pr. D. de V. S. 50. 16). Restituere umfaßt das zwiefache im Texte Bezeichnete; ein restituere wird sowohl z. B. mit dem Eigenthumsanspruch verlangt, obgleich vielleicht der Eigenthümer bisher nie im Besitz war, als z. B. mit dem Anspruche aus Zwang oder gewaltsamer Entsetzung (l. 17 §. 1 l. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. §. 7 D. quod. met. causa 4. 2, l. 5 D. de interd. 43. 1, l. 1 §. 31. 41. 42 D. de vi 43. 16, l. 22 §. 2 D. quod vi 43. 24, l. 81 D. de V. S. 50. 16; l. 7 D. si serv. 8. 5, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1). Seuff. Arch. I. 144. 378, IV. 266, IX. 349, XXIII. 86, XXVI. 196, XXVII. 186. — Nach römischem Recht fand dieser Eid aber nicht bei allen actiones auf restituere und exhibere Statt, sondern nur bei den bonae fidei und arbitrariae actiones dieses

## V. Cautionen*.

### §. 134.

Außer dem in den vorigen §§. dargestellten gerichtlichen Schutz gibt es noch andere Mittel, welche den Zweck haben, die Verwirklichung des einem Rechte entsprechenden Zustandes zu sichern. Man faßt sie zusammen unter der allgemeinen Bezeichnung Cautionen. Dieselben haben im Einzelnen eine verschiedene Richtung.

1. Es soll dadurch das Recht der Möglichkeit wirksamer Bezweifelung entzogen werden[1]. Diesem Zwecke dienen vor Allem die Beweismittel[2]; es gehört dahin aber auch die Zusammenfassung des vorhandenen Rechtsverhältnisses in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag[3] (s. g. Verbalcaution).

---

Inhalts (l. 5 pr. l. 6 D. h. t., l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Diese Beschränkung, welche in der Formelconception ihren Grund hatte, gilt heutzutage nicht mehr. Seuff. Arch. XI. 152, XV. 170.

[18] L. 5 §. 4 D. h. t. Vgl. v. Schröter a. a. O. S. 382 fg., Renaud Civilproc. §. 140 Note 9. Seuff. Arch. IX. 349, XXVII. 172. S. aber auch XX. 274.

* Sintenis I §. 35.

[1] Vgl. Bähr Anerkennung §. 1. 2.

[2] Für den Sprachgebrauch der Quellen: l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14: „si debitori meo reddiderim cautionem" —; l. 47 §. 1 eod.: „instrumentum . . cuiuscunque summae . . cautiones ex quocunque contractu" —; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi". Andere Stellen für Dieses und das Folgende bei Gneist formelle Verträge S. 233 fg.

[3] Vgl. II §. 412a. Nach römischem Rechte diente zu diesem Zwecke der Stipulationsvertrag. Deßwegen heißt auch die Stipulation cautio, und selbst dann, wenn durch sie das Rechtsverhältniß erst erzeugte wurde (z. B. cautio damni infecti). Gewöhnlich wurde über die Stipulation eine Urkunde errichtet; daraus entsteht die Bedeutung von cautio = Stipulationsurkunde. Vgl. z. B. l. 31 D. de cond. ind. 12. 6, l. 122 §. 5 D. de V. O. 45. 1, l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7; l. 1 §. 4 D. de stip. praet. 46. 5; l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3, l. 11 §. 2 D de duob. reis 25. 2. — Nach einer Vorschrift Justinian's soll, wenn (in einem letzten Willen) eine cautio auferlegt sei, darunter nur eine Stipulation verstanden werden, l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38. Es unterliegt keinem Zweifel, daß für eine heutzutage Jemandem auferlegte „Sicherheit" diese Interpre-

2. Es soll dadurch der gute Wille des Verpflichteten gesichert werden. Zu diesem Ende dienen Strafversprechen[3a] und Eid[4].

3. Es soll dadurch die Verwirklichung des Rechts gegen factische Hindernisse, wobei von vorzugsweiser Wichtigkeit die Unzureichendheit der Vermögensmittel des Verpflichteten ist, gesichert werden (s. g. Realcaution). Diesem Zweck dienen Bürgschaft[5], Pfandbestellung[6], Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem unbetheiligten Dritten[7], richterliche Einweisung in den Besitz einer Sache oder eines Vermögens[8], richterliche Arrestverfügung[9].

---

tationsvorschrift nicht maßgebend sein kann (obgleich Justinian neben den Ausdruck cautio die Ausdrücke securitas, ἀσφάλεια stellt).

[3a] Darüber das Nähere II §. 285—286.

[4] Cautio iuratoria, §. 2 I. de satisd. 4. 11. Der Eid tritt hier als promissorischer, nicht als assertorischer auf. Vgl. oben §. 83a und II §. 283. 324.

[5] Satisdatio, s. g. cautio fideiussoria. L. 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 188 §. 1 D. de V. S. 50. 16. Vgl. l. 1 §. 5—8 D. de stip. praet. 46. 5. Wo Bürgschaft gemäß einer Rechtsvorschrift geleistet werden muß (eine durch Rechtsvorschrift auferlegte cautio nennt man heutzutage cautio necessaria), ist der Fiscus befreit, und bei Stadtgemeinden genügt Verbalcaution, l. 1 §. 18 l. 6 §. 1 D. ut leg. 36. 3, l. 3 §. 1. 5 D. si cui plus 35. 3, vgl. l. 2 §. 1 D. de fundo dot. 23. 5. Bei processualischen Cautionen wird die Bürgschaft gegen eidliches Versprechen erlassen Grundbesitzern, einschließlich der emphyteusischen Besitzer (l. 15 D. qui satisd. 2. 8, l. 26 §. 6 C. de episc. aud. 1. 4, l. 4 §. 1 C. de sport. 3. 2, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19), und solchen Personen die keinen Bürgen finden können (Nov. 112 c. 2 pr., vgl. jedoch l. 7 §. 2 D. qui satisd. 2. 8). Für die Ausdehnung des Letzteren auf die von dem Nießbraucher zu leistende Caution (§. 204 Note 6) die Erkenntnisse in Seuff. Arch. XV. 105, XXIV. 301 und die das. citirten Schriftsteller. Vgl. l. 6 D. si cui plus 35. 3. Nach römischem Recht waren außerdem gewisse Beamte privilegiirt, l. 17 pr. C. de dign. 12. 1, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19, l. 3 §. 3 C. de privil. schol. 12. 30.

[6] S. g. cautio pigneraticia. L. 1 §. 9 D. de coll. 37. 6, l. 4 §. 8 D. de fideic. lib. 40. 5.

[7] Sequestratio. Dieselbe kann sowohl durch die Parteien, als durch den Richter erfolgen. L. 17 D. dep. 16. 3, l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3, l. 3 §. 6 D. de lib. exh. 43. 30. Vgl. II §. 380.

[8] Missio in possessionem. Dig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Aus der Nichtzulassung oder Verdrängung des Eingewiesenen entsteht für denselben ein Anspruch auf Leistung des Interesse, l. 1 pr. — §. 5 D. ne vis fiat ei 43. 4. S. II §. 469 Num. 1.

# Anhang zum 1. und 2. Buche.

## Von den Privilegien*.

### §. 135.

Privilegium in dem hierher gehörigen engeren Sinn[1] ist ein Rechtssatz, durch welchen einer individuellen Person oder einer individuellen Sache oder einem individuellen Rechtsverhältniß[1a] eine Rechtsbegünstigung[2] gewährt wird; in gleicher Weise heißt auch die Rechtbegünstigung selbst Privilegium[2a]. Während sonst die Rechtsordnung so verfährt, daß sie abstracte Regeln aufstellt,

---

[0] Personal- oder Realarrest. Jemandem wird die Verfügung über seine eigene Person oder die Verfügung über eine von ihm besessene Sache entzogen (dahin gehört auch die gerichtliche Sequestration).

* Glück I §. 98—100. II §. 101—110 (1790. 1791). Hufeland Geist des römischen R. I S. 211—295 (1814). Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII. 2 (1855). Kierulff S. 53 fg., Wächter II §. 2. 3. 22. 122, Unger I S. 587 fg. II S. 312 fg., Holzschuher I §. 13.

[1] Im weiteren Sinne spricht man von Privilegium auch da, wo durch eine Rechtsregel einer Klasse von Personen oder Sachen oder Rechtsverhältnissen eine Rechtsbegünstigung gewährt wird (§. 29). §. 135.

[1a] Oder auch einer Mehrheit von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen. Diese Mehrheit kann auch generisch bezeichnet sein: z. B. alle Personen, welche eine bestimmte Eigenschaft haben, d. h. die jetzt vorhandenen Personen, welche diese Eigenschaft haben. Wird das Privilegium allen gegenwärtigen und zukünftigen Individuen einer bestimmten Art verliehen, so ist es nicht mehr Privilegium im engeren Sinn.

[2] Daß zur Bezeichnung auch der ungünstigen Ausnahmsstellung weder der Ausdruch privilegium in den Quellen gebraucht wird (in l. 1 §. 2 D. de const. pr. 1. 4 findet sich der Ausdruck constitutio personalis), noch nach dem Sprachgebrauch des Lebens unser Ausdruck Privilegium gebraucht werden kann, ist an dem bezeichneten Orte (§. 29) bereits bemerkt worden. Gewöhnlich aber wird die Definition auf die Ausnahmsstellung als solche gestellt. Es kann darüber hinweggesehen werden, weil es jedenfalls von verschwindender Seltenheit ist, daß ein Rechtssatz eine concrete rechtliche Wirkung zum Zweck der Benachtheiligung einer Person schafft. Vgl. Wächter §. 3 Note 12.

[2a] Privilegium im subjectiven Sinn im Gegensatz des Privilegium im objectiven Sinn. Und zwar ist dieß der Sinn, in welchem der Ausdruck am gewöhnlichsten gebraucht wird.

aus denen sich rechtliche Wirkungen ergeben, so oft die in der Regel bezeichnete thatsächliche Voraussetzung sich verwirklicht, aber auch erst dann, wenn sie sich verwirklicht: fallen hier Rechtssatz und rechtliche Wirkung zusammen, der Rechtssatz will nichts, als diese concrete rechtliche Wirkung erzeugen.

Die Privilegien können den verschiedensten Inhalt haben. Es gibt nicht bloß privatrechtliche Privilegien, sondern auch solche, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Sie können die Befugniß zu einer Thätigkeit geben (oder nehmen), oder die Befugniß, Anderen etwas zu verbieten[3], oder die Befugniß zu einer Unterlassung[4]. Sie können entweder Rechte und Verpflichtungen begründen, oder nur die Möglichkeit gewähren, Rechte zu erwerben, oder rechtlich thätig zu werden[5].

Die Privilegien sind persönliche, wenn sie eine Person, sachliche, wenn sie eine Sache oder ein Rechtsverhältniß begünstigen[6]. Die persönlichen Privilegien sind nicht nothwendigerweise an die Person gebunden; sie können auch auf die Rechtsnachfolger übertragbar sein.

## §. 136.

Die Entstehung des Privilegiums setzt einen Rechtssatz voraus. Die regelmäßige Quelle desselben ist Gesetz. Das Gesetz, durch welches

---

[3] Ein solches Verbietungsrecht kommt namentlich häufig bei Gewerbsprivilegien vor; der Inhaber des Gewerbsprivilegiums kann den betreffenden Gewerbsbetrieb jedem Andern untersagen. Ueber privilegiirte Gewerbsrechte überhaupt vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXXIV. 1. 8 (1861).

[4] Z. B. Privilegium der Steuerfreiheit.

[5] Beispiele: Ertheilung eines Moratoriums, Legitimation eines unehelichen Kindes; Dispensation von einem Ehehinderniß, Ertheilung der venia aetatis.

[6] Privilegia personae, rei, causae. Vgl. §. 29 Note 5. Beispiele: 1) dem A wird eine Fabrikconcession gegeben; 2) dem Grundstück A wird ein Recht auf Wasserbezug aus einem öffentlichen Gewässer oder Steuerfreiheit (l. 1 §. 43 D. de aqua quot. 43. 20, l. 3 §. 1 D. de cens. 50. 15) verliehen; 3) es wird einer gewissen Creditoperation das Vorrecht bewilligt, daß die aus ihr entstandenen Forderungen Verzug ohne Mahnung erzeugen sollen.

[7] Darüber, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und wenn Uebertragbarkeit stattfindet, in welchem Umfange sie stattfindet, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Vgl. l. 1 §. 43 cit.

ein Privilegien begründet werden soll, bedarf derselben Erfordernisse, wie jedes andere Gesetz; es kommt jedoch häufig vor, daß das bestehende Recht einem an und für sich zur Gesetzgebung nicht befugten Organ die Befugniß zur Verleihung von Privilegien ertheilt[2]. Gewohnheitsrecht ist principiell nicht ausgeschlossen; jedoch wird es sehr schwer sein, daß sich in Beziehung auf ein individuelles Rechtsverhältniß ein Gewohnheitsrecht bilde[3]. Ist ein Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar, so entscheiden über die Frage nach der rechtlichen Wirkung längerer Ausübung lediglich die Grundsätze von der Verjährung[4], wobei es auf den besonderen Inhalt des Privilegiums ankommt, in letzter Linie aber die unvordenkliche Verjährung (§. 113) aushelfend eingreift[5].

Beendigt wird das Privilegium durch den Wegfall seiner Voraussetzungen[6], Verzicht des Berechtigten, aufhebenden Rechtssatz.

---

[1] Der Ausdruck wird hier im subjectiven Sinne genommen. §. 136.

[2] Ist das Privilegium unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhalts ertheilt, so kann der Geltendmachung des Privilegiums die Unwahrheit dieses Sachverhalts entgegengesetzt werden (daß die vorausgesetzten Thatsachen nicht, oder daß außer den vorausgesetzten Thatsachen noch andere wahr seien, s. g. exceptio sub- et obreptionis). In dieser Beziehung finden die Grundsätze unserer Quellen von den Rescripten analoge Anwendung, l. 2—5 C. si contra ius 1. 22, l. 2 C. de dil. 3. 11, c. 2. 3. 20 X. de rescr. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22. Seuff. Arch. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Puchta Pand. §. 14.

[3] Die Frage, ob ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann, ist sehr bestritten. Dawider die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. I. 3, II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX. 1. 104 Nr. I, XXI. 10; ferner ein Aufsatz von Wachsmuth im Magaz. für Hannover'sches Recht VII S. 325, auch Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 9—10. VII S. 180 (dieser jedoch mit einer Beschränkung). Dafür Seuff. Arch. II. 251, III. 1. 256, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 Nr. II, Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 Nr. 51, und ein anderer Aufsatz im Magazin für Hannover'sches Recht von Pape VIII S. 163 fg.

[4] Die Grundsätze von dem Erwerbe der Rechte in subjectivem Sinn durch Verjährung.

[5] In der Frage, wie sie gewöhnlich gestellt wird: kann ein Privilegium durch Herkommen (Observanz) begründet werden, liegen die beiden, nicht immer gehörig unterschiedenen Fragen: 1) kann ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden? 2) kann es durch (unvordenkliche) Verjährung begründet werden? Es findet sich übrigens auch die Auffassung, daß in dem

Ein solcher Rechtssatz ist in seiner Freiheit so wenig beschränkt, wie ein Rechtssatz überhaupt beschränkt ist, daher namentlich auch an die Zustimmung des Berechtigten nicht gebunden. Es ist aber zuzusehen, ob, wenn die Rechtsordnung einem zur Gesetzgebung nicht befugten Organ die Befugniß ertheilt hat, Privilegien zu gewähren, sie damit auch die Befugniß hat ertheilen wollen, Privilegien zurückzunehmen. Die Frage, ob der durch einen Rechtssatz seines Privilegiums Beraubte Entschädigung in Anspruch nehmen könne, ist keine privatrechtliche Frage[7]. — Nichtgebrauch ist kein Aufhebungsgrund der Privilegien, sondern nur Aufhebungsgrund der durch dieselben gewährten Rechte, wobei, abgesehen von besonderen gesetzlichen Vorschriften, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind[8].

---

Herkommen, der langdauernden Uebung, eine stillschweigende Uebereinkunft oder Anerkennung liege. Seuff. Arch. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1.

[6] Z. B. Tod des Berechtigten bei Privilegien, welche an die Person geknüpft sind; Ablauf der Zeit, für welche das Privilegium verliehen ist.

[7] Seuff. Arch. XIX. 218.

[8] Vgl. l. 1 D. de nund. 50. 11 und c. 6. 15 X. de privil. 5. 33. Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 6 (1831). Steppe's das. XIV. 5 (1840). Vangerow I §. 116 Anm. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 S. 970. 971.

# Drittes Buch.

## Das Sachenrecht.

## Erstes Kapitel.

### Allgemeines.

### I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.

#### Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen.

#### §. 137.

Das Sachenrecht enthält die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse an Sachen (§. 13. 41. 145. 146).

Bei der Bestimmung des Begriffs der Sache ist davon auszugehen, daß unter Sache verstanden wird das einzelne Stück der vernunftlosen Natur[1]. Hiermit ist gesagt, daß zum Begriff der Sache das Moment der realen Existenz, der Körperlichkeit, gehöre. Es ist jedoch dem positiven Recht unbenommen, bloß gedachte Dinge als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, durchweg oder in einzelnen Beziehungen, zu behandeln, wie körperliche[2]. Inso-

---

[1] Der weitere Sinn des Ausdrucks Sache, in welchem er nicht bloß das real Existirende, sondern auch das Gedachte bezeichnet, ist für das Recht unbrauchbar. Vgl. jedoch die folgende Note. §. 137.

[2] Das Gedachte ist für das Recht nicht Sache, aber das Gedachte kann für das Recht Sache sein, wie für das Recht Person sein kann, was in Wirklichkeit nicht Person ist. Man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Rechte als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das Recht gehe, ist für jede Kategorie von juristischen Sachen besonders zu bestimmen. Vgl. Note 6 a. E. 10.

fern es dieß wirklich thut, wird man passend von unkörperlichen Sachen reden dürfen[3]. Was das römische Recht angeht, so kommen hier in Frage Rechte und Sachgesammtheiten. Inwiefern Rechte (Vermögensrechte) als mögliche Gegenstände von Rechtsverhältnissen angesehen werden können, ist bereits oben (§. 48a) bemerkt worden.[4] Darüber, ob Sachgesammtheiten Gegenstände von Rechten bilden können, wird gestritten[5]. Die Frage ist

---

[3] Die unkörperlichen Sachen in diesem Sinn sind aber nicht die res incorporales der Quellen. Wenn die Quellen von res incorporales reden, so meinen sie damit nicht Gegenstände von Rechtsverhältnissen, sondern Vermögensbestandtheile (§. 42).

[4] Die s. g. universitates rerum distantium (vgl. §. 138 Note 2). Man nennt sie auch wohl universitates rerum schlechthin, obgleich der Ausdruck universitas (vgl. §. 42 Note 6, §. 57 Note 2) gerade zur Bezeichnung der aus getrennten Theilen bestehenden Sachganzen in den Quellen nicht häufig ist; er findet sich in l. 70 §. 3 D. de usufr. 7. 1. Gebräuchlicher ist der Ausdruck corpus, und namentlich wird dieser Ausdruck in der Hauptstelle, l. 30 pr. D. de usurp. 41. 3 (§. 138), angewendet, wo die Sachgesammtheiten den körperlichen Sachen als „corpora" besonderer Art entgegengesetzt werden. S. auch §. 18 I. de leg. 2. 20, l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 195 §. 3 D. de V. S. 50. 16. Man darf sich durch diesen Ausdruck nicht verführen lassen, die Sachgesammtheit im Sinn der Quellen als etwas Körperliches aufzufassen, wie das thun Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI S. 179 fg., Brinz S. 177, Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 2, Göppert in der unten genannten Schrift S. 51. 55. 93. 98. 111; corpus bezeichnet in der That hier nur das Einheitliche. Gegen Göppert speciell, welcher den Ausdruck auf die Heerden und ähnliche Naturganze beschränkt, und das Entscheidende in dem die Heerden zusammenhaltenden Naturtrieb sieht: corpus familiae in l. 195 §. 3 D. de V. S. 50. 16, corpus patrimonii in l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 25 §. 16 D. de H. 3. 5. 3 u. a. m. — Eine besondere Abhandlung über die universitates rerum distantium ist die von Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI. 9 (1828). S. ferner Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 2 (1864). Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen nach römischem Recht (1871).

[5] Aber erst in der neueren Zeit. Früher war die herrschende Meinung für die Gleichstellung der Sachgesammtheiten mit den körperlichen Sachen (vgl. die Citate bei Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 207 fg.), und so noch in der neueren Zeit Puchta §. 35, Arndts §. 48, Sintenis I S. 432 fg., namentlich auch Girtanner selbst a. a. O. S. 95 fg. Dagegen aber: Wächter Erörterungen I S. 17 fg., Unger Lehrb. I S. 483 fg. und Jahrb. f. Dogm. XII S. 273—276, Brinz S. 177, Vangerow I §. 71

zu bejahen für Heerden[6] und andere Naturganze[7]; was Sachgesammtheiten anderer Art angeht, sprechen überwiegende Gründe für ihre Verneinung[8]. Jedenfalls verlieren die in der Sachge-

---

Anm. a. E. (in der 7. Aufl., anders noch der in der 6.), Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III S. 71 fg., Dernburg Pfandr. I §. 59, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 215—243, Bechmann zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession S. 65 fg., Göppert in der in Note 4 cit. Schrift S. 49 fg. 94 fg. Im Einzelnen weichen diese Schriftsteller noch von einander ab, vgl. Note 6.

[6] L. 1 §. 3 l. 2 l. 3 pr. l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 21 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. In diesen Stellen wird die Vindication einer Heerde als solcher anerkannt, auf Grund davon, daß der Kläger behaupten könne, die Heerde als solche sei sein, unabhängig von dem rechtlichen Verhältniß der einzelnen Stücke, und es wird daraus gefolgert, daß der Beklagte auch diejenigen Stücke, welche als einzelne nicht im Eigenthum des Klägers stehen, herausgeben müsse, nur nicht die in seinem eigenen Eigenthum stehenden (l. 2 cit.). Ein anderes Resultat freilich ziehen aus diesen Stellen die in der vorigen Note genannten Schriftsteller. Dieselben behaupten übereinstimmend (so weit sie sich über diese Frage aussprechen), daß der Beklagte diejenigen Stücke nicht herauszugeben brauche, welche nicht im Eigenthum des Klägers stehen, im Uebrigen weichen ihre Auffassungen sehr von einander ab. Einige nehmen an, daß wenn der Kläger sein Eigenthum an der Mehrzahl der Stücke bewiesen habe (l. 2 cit.), der Beklagte das fremde Eigenthum für die übrigen beweisen müsse (so Exner, Unger in den Jahrb., und wohl auch Bechmann), Andere verlangen von dem Kläger den Beweis des Eigenthums für alle einzelne Stücke. Einige sehen in der Vindication der Heerde eine Mehrzahl von Vindicationen, Andere eine einige Vindication (vgl. in dieser Beziehung auch Jhering Geist des röm. R. III S. 38 Note 22), auch wohl auf Grunde eines an der Heerde stattfindenden Eigenthums, welches dann aber keine andere Bedeutung haben soll, als die formale, als Grundlage der Vindication zu dienen (Brinz, Unger in den Jahrb.). Auch von einer Eigenthumsklage ohne Eigenthum wird gesprochen (Pagenstecher). Es ist übrigens zuzugeben, daß die hier vertretene Auslegung keine den Zweifel ausschließende Kraft hat, und so wird denn diese Controverse wohl eine von den vielen Controversen unserer Wissenschaft bleiben, die nicht sterben. Was speciell l. 21 §. 1 D. de exc. rei iud. angeht, so ist die hier verworfene Ansicht in der üblen Lage, den ersten Theil der Stelle dahin interpretiren zu müssen, daß die exceptio rei iudicatae nur für die bereits früher in der Heerde befindlich gewesenen Stücke Platz greifen soll, während für die hier verfochtene Ansicht dem zweiten Theil der Stelle gegenüber ein Ausweg in der Verweisung auf das §. 130 Num. 3 Gesagte bleibt. Daß die Heerde kein Gegenstand des Besitzes ist, ist anerkanntermaßen kein Gegenargument gegen die hier vertheidigte Ansicht, s. Note 2.

sammtheit zusammengefaßten Sachen dadurch, daß sie als juristische Einheit anerkannt werden, nicht ihre Existenz als einzelne Sachen, und können daher als einzelne einem andern Rechte unterworfen sein, als dasjenige ist, in welchem sie als Bestandtheile des Ganzen stehen[9].

Geht man über den Kreis des römischen Rechts hinaus, so müssen auch Geistesproducte: wissenschaftliche und Kunstwerke, Erfindungen 2c. 2c. als unkörperliche Sachen in dem hierher gehörigen Sinne bezeichnet werden. Das moderne Recht behandelt dieselben als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, wie körperliche Sachen[10].

---

[7] Wie z. B. Bienenschwärme. Das Entscheidende ist, daß das Ganze gebildet, zusammengehalten und erhalten wird durch etwas in den einzelnen Stücken selbst Liegendes.

[8] Anders die früheren Auflagen dieses Lehrbuchs. Aber die Quellenzeugnisse reichen nicht über die Heerde hinaus, und von den „armamenta navis" heißt es ausdrücklich, daß dieselben „singula erunt vindicanda" (l. 3 §. 1. D. de R. V. 6. 1). S. auch l. 79 pr. D. de leg. III° 32. „Si chorus aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint". Dazu kommt, daß, wenn man über die Naturganzen hinausgeht, eine Grenze schwer zu finden ist. Vgl. in dieser Beziehung Warnkönig a. a. O S. 177 fg., Girtanner S. 213 fg. Stellen wie l. 13 l. 34 pr. D. de pign. 20. 1, l. 22 D. de leg. I° 30, l. 65 §. 1. D. de leg. II° 31, l. 68 §. 2 l. 69 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus Willensinterpretation. — Für die Verallgemeinerung außer den in Note 5 Bezeichneten auch Brinz a. a. O. Was die Praxis betrifft vgl. die Anführungen bei Girtanner S. 210 fg. und Seuff. Arch. XV. 1871 (wo ein Theaterinventar als einiges Rechtsobject anerkannt wird mit der Wirkung, daß das Pfandprivilegium wegen Verwendung auch die später erworbenen Stücke ergreife).

[9] Vgl. §. 138 a. E.

[10] Wenn man aber demgemäß von einem geistigen Eigenthum spricht, so ist dieser Ausdruck allerdings insofern von sehr zweifelhaftem Werthe, als er geeignet ist, zu der Annahme zu verleiten, als seien hier ohne Weiteres die Grundsätze von dem Eigenthum an körperlichen Sachen maßgebend. Vgl. §. 168 g. E. Das deutsche Hauptwerk über diesen in der neueren Zeit viel behandelten Gegenstand ist das von O. Wächter das Verlagsrecht II. 8. (1857, 1858); darüber Schmid Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 425 fg. Vgl. noch Gerber Jahrb. f. Dogm. III. 4 (1859), Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXXIV S. 181 fg. (1861), H. Ortloff Jahrb. f. Dogm. VI S. 65 fg., Mandry Commentar zum k. bayerischen Gesetz vom 28. Juni 1865 zum Schutz der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst (1867). Vgl. auch krit. VJSchr. IX S. 582 fg. X S. 270 fg. — Eigenthum an Zeitungen: Roßhirt Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 65 fg.

## Einfache und zusammengesetzte Sachen*.

### §. 138.

Die Sachen bilden entweder eine natürliche Einheit[1], oder sie sind aus einer Mehrheit von Sachen, vor denen jede für sich eine natürliche Einheit bildet, zusammengesetzt. Die zusammengesetzten Sachen sind entweder solche, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, oder solche, bei denen dieß nicht der Fall ist. Von den zusammengesetzten Sachen der zweiten Art[2] ist bereits im vorigen §. die Rede gewesen. Die zusammengesetzten Sachen, deren Bestandtheile körperlich mit einander verbunden sind, bilden entweder in dieser Verbindung ein neues einheitliches Ganze[3], oder sie bilden ein solches Ganze nicht, so daß nichts vorhanden ist, als vor der Verbindung vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene[4]. Bilden sie ein neues einheitliches Ganze, so kann, wie bei der Sachgesammtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß vorkommen, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens, vorausgesetzt daß die Bestandtheile in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht

---

* Unger I §. 52. Lenz Recht des Besitzes S. 118—129. Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen nach römischem Recht. (1871).

[1] L. 30 pr. D. de usurp. 41. 3 — „Tria . . . genera sunt corporum. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia". Spiritus — die ἕξις der Stoiker, d. h. der die Naturdinge durchdringende und ihre Wesenheit ausmachende Theil der allgemeinen Weltseele, des πνεῦμα. Göppert S. 20 fg. 38 fg. Seneca (Nat. Quaest. 22, Epist. 102. 6) gibt das griechische ἡνωμένον durch die Ausdrücke unitum und continuum wieder.

[2] L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex".

[3] L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium". Συνημμένον — connexum in den Pandektenausgaben. Vgl. Göppert S. 38 Note 1. Der Ausdruck universitas wird auch für diese Art von zusammengesetzten Sachen gebraucht, z. B. in l. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. („universitas aedium"). Vgl. §. 147 Note 4.

[4] Hierher zählt l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammen geschmolzen wird. L. 12 §. 1 l. 27 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1.

verlieren, ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen. Nur ist der Unterschied gegenüber den Sachgesammtheiten der, daß das Rechtsverhältniß an den Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind[5].

## Bewegliche und unbewegliche Sachen*.

### §. 139.

Die körperlichen Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist[1], oder unbewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke[2], d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche[3]. Ein in mancher Beziehung wichtiger

---

[5] L. 23 pr. §. 2 de usurp. 41. 3, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 44 §. 1 i. f. D. de O. et. A. 44. 7, l. 44 D. de R. V. 6. 1, l. 40. de A. E. V. 19. 1. Das Nähere unten §. 188. 189.

* Böcking I §. 74, Sintenis I S. 416—18, Wächter II §. 37, Unger I §. 48.

§. 139. [1] Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res se moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck moventia Veranlassung zu einer Frage geben. L. 93 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 15 §. 2 D. de re iud. 42. 1.

[2] Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. de V. S. 50. 16. Im engeren Sinne bezeichnet fundus nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai. II. 42, l. 1 §. 3. 6 D. de vi 43. 16. Schiffe im HGB.: Goldschmidt Handelsrecht I §. 60 Note 8. Vgl. auch Stobbe deutsch. Privatrecht I §. 63 Note 16—19.

[3] Zum Grundstück gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 12 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 5 l. 14 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 22 §. 4 D. quod vi 43. 24. Die Erstreckung des Eigenthums auf den einen und den andern Raum leugnet Werenberg Jahrb. f. Dogm. VI S. 12 fg., aus sehr ungenügenden Gründen, unter denen eine bedeutende Rolle spielt, daß die Luft res communis sei. S. dawider Jhering das. S. 85 fg., Hesse das. S. 398 fg. Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen, wie namentlich Pflanzen und die auf demselben zu einem Gebäude

Unterschied zwischen den Grundstücken ist der, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Culturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke: Gebäudegrundstücke, Feldgrundstücke bezeichnet[4]. — Der Gegensatz zwischen den beweglichen und unbeweglichen Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß dieser Gegensatz in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist[5].

## Verbrauchbare, abnützbare Sachen.

### §. 140.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität

---

zusammengefügten Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden. Seuff. Arch. XVIII. 207, XXV. 6. Vgl. §. 144 Note 2.

[4] Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. de V. S. 50. 16, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. comm. praed. 8. 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 4 §. 1 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Zu welcher Classe die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Wächter II S. 214, Roth Bayr. Civilr. II §. 110 Note 27.

[5] Unsere Quellen setzen die res mobiles und immobiles den Rechten (iura, nomina, actiones, res incorporales, iura incorporalia) entgegen, l. 7 §. 4 D. de pec. 15. 1, l. 15 §. 2 D. de re iud. 42. 1, l. 2. 3 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Wenn aber in Deutschland eine Rechtsbestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die Rechte zu rechnen? Natürlich die Rechte an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist; aber man streitet in Betreff der Forderungsrechte. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungsrechts ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. de R. I. 50. 17, l. 143 D. de V. S. 50. 16. Andere zählen die Forderungsrechte unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter II S. 223—227, Unger I S. 394—400, Dernburg Pfandr. I S. 505, Stobbe deutsch. Privatrecht I S. 431—434.

besteht[1]. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmälig in einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer Bestimmung gemäß verwendet zu werden, man nennt sie passend abnützbare Sachen[2].

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine verbrauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen[3].

## Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen*.

### §. 141.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nur nach der Gattung, zu welcher sie gehören; die letzteren Sachen nennt man Gattungssachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung

---

§. 140 [1] So Getreide, Wein ꝛc. Die Quellen sagen: res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, quae usu continentur, z. B. §. 2 I. de usufr. 2. 4, l. 5 §. 1 l. 7 D. de usufr. ear. rerum 7. 5. Der deutsche Ausdruck verbrauchbar ist hergebracht; besser sollte man sagen verbrauchliche Sachen oder Verbrauchssachen. Ueber die Begriffsbestimmung s. Wächter II S. 219 Note 36, Unger I S. 401.

[2] Kleider z. B. werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen gemacht wird, nicht aufgebraucht, aber allmälig in Lumpen verwandelt. In l. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur, diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B. §. 2 I. de usufr. 2. 4 wirklich von den Kleidern.

[3] Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur pecunia", s. z. B. l. 32 D. de min. 4. 4, l. 13 D. de R. C. 12. 1 u. a. m. Auch die Aeußerung des §. 2. I. de usufr. 2. 4 in Betreff des Geldes: „in ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur" ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmäligen Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens §. 186 Note 16.

* Kierulff S. 313—317, Böcking I §. 77, Wächter II §. 38, Unger I §. 50, Ihering Jahrb. f. Dogm. IV S. 400 fg., Goldschmidt Handelsr. I §. 61.

gehörige Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige Sachindividuum vertreten werden kann, vertretbare Sachen[1]. Bei den Gattungs- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weßwegen man sie auch Quantitätssachen nennen kann[2]. Eine andere, und noch immer die gebräuchlichste, Bezeichnung für sie ist: fungibele Sachen[3]. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Es liegt auf der Hand, daß es sich mit dem hier bezeichneten Gegensatz anders verhält, als mit den bisher betrachteten Gegensätzen; es ist kein in den Sachen liegender Gegensatz, sondern ein in dieselben hineingetragener, obgleich er mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Mit Rücksicht darauf kann man eben auch nur sagen, daß der Verkehr regelmäßig bestimmte Sachen als vertretbare behandeln wird, andere

---

[1] Der Begriff Gattungssache wird in l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1 durch den Ausdruck res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem [magis] quam specie bezeichnet. Der Ausdruck species zur Bezeichnung des Sachindividuums gegenüber der nur generisch bestimmten Sache, des genus, kommt auch in andern Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1 (vgl. aber auch l. 29 D. de sol. 46. 3, wo gerade die Gattungssachen „res quae communi specie continentur“ genannt werden); ein entsprechender Ausdruck ist corpus, z. B. in l. 30 pr. l. 34 §. 3. 4 l. 51 D. de leg. I° 30. Die Bezeichnung vertretbare Sache ist aufgebracht von K. S. Zachariä (Böcking §. 77 Note 5), wird getadelt von Savigny (VI §. 268. b) als „ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Geldentschädigung) empfänglich sind“. §. 141.

[2] Die Quellen sagen: res quae numero pondere mensura consistunt, constant, continentur, valent, z. B. pr. I. quib. mod. re 3. 14, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de I. D. 23. 3, l. 1 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 §. 7 D. ad leg. Falc. 35. 2. Statt Quantitätssachen sagt Savigny (VI S. 123) Quantitäten — weniger passend; Wein, Oel &c. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck quantitas bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichuung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht; vgl. l. 34 §. 3. 6 D. de leg. I° 30, l. 87 pr. D. de leg. II° 31, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 1 D. de auro 34. 2.

[3] Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck res fungibilis ist nach l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1 (Note 1), wie es scheint, von U. Zasius (zu §. 30 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI §. 268. a.

als unvertretbare; dieß hindert aber nicht, daß in einem gegebenen Fall eine zu der ersten Klasse gehörige Sache nach ihrer individuellen Bestimmtheit, oder eine zu der zweiten Klasse gehörige nach ihrem Gattungsverhältniß in Betracht kommen kann[4].

Gegen die Identificirung des Begriffs vertretbare Sachen mit dem Begriff verbrauchbare Sachen zu warnen, ist fast überflüssig. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig war[5], hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr[6].

## Sachtheile*.

### §. 142.

Von Theilen einer Sache spricht man in einem vierfach verschiedenen Sinn.

1. Theil als Stück einer einfachen Sache (§. 138). Der Theil in diesem Sinne existirt vor seiner Absonderung als besondere Sache nicht, und ist daher kein möglicher Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses. Die Möglichkeit eines besonderen Rechtsverhältnisses an ihm beginnt erst mit seiner Absonderung; dann ist er aber auch nicht mehr Theil, sondern für sich bestehende Sache. Mit anderen Worten: der Begriff des Theils in diesem Sinne bezieht sich auf die Vergangenheit, nicht auf die Gegenwart der Sache[1]. — Die Absonderung, durch welche

---

[4] L. 2 §. 1 l. 53 pr. l. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 37 pr. l. 110 D. de leg. I° 30, l. 23 D. dep. 16. 3, l. 30 §. 6 l. 34 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 37 D. de V. O. 45. 1. Vgl. II §. 255 Note 17.

[5] Sie findet sich noch in dem Preußischen (I. 2 §. 120. 121, I. 14 §. 83 fg., I. 21 §. 173), Oesterreichischen (Art 971. 983) und Französischen (Art. 1874 Gesetzbuch.

[6] Man denke z. B. an Nadeln, Bücher rc. Vgl. über des Verhältniß beider Begriffe noch H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch (München 1864) S. 8—19.

* v. Buchholtz Versuche Nr. 4. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. 7 (1844) u. Handbuch §. 43. Böcking I §. 75, Sintenis I S. 435—437, Unger I §. 51.

[1] Vgl. l. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4: — „si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem im-

der Theil zum besonderen Rechtsobject gemacht wird, braucht nicht nothwendigerweise in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges zu bestehen[2]. Bei Grundstücken ist eine solche Aufhebung nicht einmal möglich[3]; bei beweglichen Sachen ist sie möglich und gewöhnlich, aber nicht nothwendig[4]. In Betracht kann auch kommen, ob eine reale Zerlegung der Sache ohne Verletzung ihres Wesens möglich ist oder nicht[5].

2. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache kein einheitliches Ganze bildet. Theile in diesem Sinne sind im juristischen Sinne keine; die körperliche Verbindung, in welcher sie stehen, ändert an ihrem rechtlichen Verhältnisse nichts[6].

---

ponere, quia non est pars fundi, sed fundus". L. 25 §. 1 D. de V. S. 50. 16. „Q. Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter. partis appellatione utrumque significari".

[2] Auf den Fall, wo sie in der Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges nicht besteht, bezieht sich der Begriff der communio pro diviso, l. 5 §. 16 D. de reb. eor. 27. 9, l. 29 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. Roth bayr. Civilr. II S. 54 fg.

[3] Theilung eines Brunnens: Seuff. Arch. XXII. 119.

[4] L. 36 D. de S. P. R. 8. 2, l. 83 D. pro socio 17. 2. L. 8 D. de R. V. 6. 1 leugnet nur, daß an nicht körperlich abgetrennten Theilen einer beweglichen Sache Besitz möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne. Allerdings steht mit l. 83 D. pro socio cit., was den in derselben behandelten Fall betrifft, l. 19 D. comm. div. 10. 3 in Widerspruch: aber es ist ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen, und nicht umgekehrt. Vgl. jedoch Vangerow I §. 329 Anm. 2; im Uebrigen Wächter a. a. O. S. 158 fg. 176 fg., Unger §. 51 Note 19.

[5] Die in der vorigen Note genannten Stellen sprechen nur von Holz und Stein. — Auf die Möglichkeit, eine Sache ohne Verletzung ihres Wesens in Theile zu zerlegen, bezieht sich was man den juristischen Begriff der Theilbarkeit genannt hat. Dieser Begriff kommt aber nur in Betracht, wenn „mehrere Personen bei der Theilung einer Sache in Gegensatz kommen und es sich dabei vom Rechte und der rechtlichen Ausgleichung handelt" (Wächter a. a. O. S. 172). Zur Theilbarkeit in diesem Sinne ist übrigens ferner noch erforderlich, daß durch die Theilung auch der Gesammtwerth der Sache nicht wesentlich beeinträchtigt werde. L. 26 §. 2 D. de leg. I°, l. 35 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54, §. 5 I. de off. iud. 4. 17.

3. Theil als Stück einer zusammengesetzten Sache, welches Stück mit den anderen Stücken der Sache ein einheitliches Ganzes bildet (Bestandtheil)[7]. Ueber das rechtliche Verhältniß des Theils in diesem Sinne ist oben (§. 138) gehandelt worden. S. auch §. 188. 189.

4. Theil als Antheil. Der Antheil ist Rechnungstheil, Bruchtheil, also etwas nicht in sinnlicher Wirklichkeit Existirendes; daher die Ausdrücke: intellectueller Theil[7a], ungetheilter Theil[8]. Wenn der Antheil trotzdem, daß er in Wirklichkeit nicht existirt, als Gegenstand von Rechten aufgefaßt wird[9], so ist dieß so zu verstehen, daß durch ihn der Maßstab bezeichnet werden soll, nach welchem den Berechtigten der wirthschaftliche Nutzen der Sache gebührt[10]. Abzulehnen ist die Auffassung, als ob der Antheil sich auf das Recht selbst bezöge[11].

---

[6] L. 27 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 12 §. 1 eod.; L 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16.

[7] Daß der Bestandtheil, „pars“ sei, leugnen l. 36 D. de evict. 21. 2, l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4.

[7a] L. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 3. „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habant, quam corpore“. Vgl. auch l. 66 §. 2 D. de leg. II° 32.

[8] Pars indivisa, pars pro indiviso. L. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 3 (Note 7a); l. 1. 64 D. de evict. 21. 2, l. 43 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 7 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2.

[9] Eigenthum: s. z. B. die Stellen der beiden vorigen Noten, mit Ausnahme der l. 5 D. de usufr. 7. 1. Nießbrauch: z. B. l. 5 cit., l. 50 eod., l. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4. Pfandrecht: z. B. l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. 20. 6.

[10] Man kann dieß auch so ausdrücken: der Antheil bezieht sich nicht auf den Körper der Sache, sondern auf die Sache als Werthobject gedacht, oder kürzer: er bezieht sich auf ihren Werth. Nur darf man das nicht so denken, als sei der Werth Gegenstand des an der Sache stattfindenden dinglichen Rechts, wie das thut Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 239 fg. Man kann ein Recht auf den Werth haben, d. h. auf Leistung des Werths, aber nicht ein Recht am Werth. — Wenn Wächter Arch. a. a. O. S. 162 fg. und Handbuch §. 48 Note 12 (unter Zustimmung von Unger I S. 416) lehrt, bei der intellectuellen Theilung werde die Sache, obgleich wirklich nicht getheilt, als getheilt gedacht, so bleibt dabei die Frage, auf welche es eigentlich ankommt: in welchem Sinn wird sie als getheilt gedacht? unbeantwortet. Sachtheilung nimmt auch Göppert krit. VJSchr. XIV S. 549 an (die res communis sei die gemeinschaftliche Verkörperung der Sachquoten).

## Zubehörungen*.

### §. 143.

Zubehörungen (Pertinenzen) sind solche Sachen, welche, ohne Bestandtheile einer andern Sache zu sein[1], zu einer andern Sache in einem solchen Verhältniß stehen, daß sie nach der Verkehrsauffassung als in dieser Sache begriffen angesehen werden[2].

---

[11] Dieß ist die herrschende Ansicht, so z. B. Kierulff S. 325—328, Böcking I S. 264, Arndts §. 53, auch Wächter und Unger a. a. OO., und aus der neuesten Zeit Eck die s. g. doppeltseitigen Klagen S. 92 fg. Aber ein Recht, d. h. ein Rechtsinhalt kann nicht getheilt sein; wer die Befugniß, seinen Willen in einer bestimmten Weise geltend zu machen, nur zum Theil hat, hat gar Nichts. Es kann nur ein Rechtsinhalt Mehreren gemeinschaftlich sein, in der Weise, daß die durch denselben gegebene Befugniß nicht anders als von Mehreren gemeinschaftlich soll ausgeübt werden können, und für dieses Verhältniß sind die Theile, welche den mehreren Berechtigten zugeschrieben werden, ohne alle Bedeutung; jeder Berechtigte ist immer an die Zustimmung des andern gebunden, wie auch die Größe ihrer Antheile bestimmt sein mag. Ich finde das hier Gesagte nirgends widerlegt, auch nicht in der neuesten Darstellung von Eck. Es ist allerdings ganz richtig, daß die Quellen von einer Theilung des Rechts in derselben Weise reden, wie sie von einer Theilung der Sache reden (s. z. B. portio dominii in l. 37 §. 4 D. de damno inf. 39. 2, dominica portio in l. 7 pr. l. 37 D. de stip. serv. 45. 3); aber wenn die Sache, trotzdem daß sie als getheilt bezeichnet wird, in der Wirklichkeit nicht getheilt ist, so wird es sich mit dem Rechte wohl nicht anders verhalten.

* Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 300—390 (1818). Funke die Lehre von den Pertinenzen (1827). Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 58—80 (1869). Kierulff S. 330—338, Böcking I §. 81, Sintenis I §. 427—430, Wächter II S. 242—250, Unger I §. 53—55. Beseler deutsch. Privatr. §. 78, Stobbe deutsch. Privatrecht §. 65.

[1] Dieser negative Theil der Begriffsbestimmung ist bis in die neuere Zeit §. 143. verkannt worden. Und doch ist das Verhältniß der Bestandtheile ein ganz anderes, viel weiter gehendes, als das der Zubehörungen. Der Bestandtheil folgt in aller und jeder Beziehung dem Recht des Ganzen, dessen Bestandtheil er ist, die Zubehörung nur in der im Text genannten. Der Bestandtheil hat (als solcher) kein selbständiges Dasein, die Zubehörung nur keine selbständige Bedeutung. Wächter Erörter. I S. 36 fg. und Handbuch II S. 243—249, Unger I S. 427—444.

[2] „Quae quasi pars aedium habentur", l. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1 (Note 3). L. 49 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 §. 1 D. de tritico 33. 6, l. 12 §. 23. 24 D. de instr. 33. 7.

Der Begriff der Zubehörung hat seine juristische Bedeutung darin, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, auch die Zubehörungen derselben ergreift[3]. Damit eine Sache als Zubehörung angesehen werden könne, ist erforderlich, daß sie zum bleibenden Dienst einer andern bestimmt[4], und diese Bestimmung bereits verwirklicht sei[5]; aber nicht Alles, bei welchem diese Voraussetzung zutrifft, ist nach der Verkehrsauffassung Zubehörung[6]. Verbindung ist für den Begriff der Zube-

---

[3] L. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1. „Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur". L. 91 §. 5 D. de leg. III° 32. — Es versteht sich von selbst, daß die Auslegung in einem gegebenen Fall möglicherweise noch weiter führen kann, so daß außer den Zubehörungen einer Sache noch andere Sachen als in der Verfügung mitumfaßt angesehen werden müssen (vgl. z. B. l. 3 §. 1 D. de trit. leg. 33. 6, l. 8 §. 11 l. 4 D. de penu leg. 33. 9); aber wenn man deßwegen, wie namentlich Wächter II S. 257. 258 thut, diese Sachen ebenfalls Pertinenzen nennt, und sie den „natürlichen" oder „präsumtiven" Pertinenzen gegenüber stellt, so ist das verwirrend. Denn der Begriff der Pertinenz hat eben darin seine Bedeutung, daß er bestimmend ist für den Umfang einer Willenserklärung, während in dem genannten Fall umgekehrt der aus andern Gründen festgestellte Umfang der Willenserklärung bestimmend ist für die Annahme, daß eine Sache als Zubehörung gemeint sei. Vgl. namentlich Unger I S. 447—453. Göppert a. a. O. will Alles auf Willensinterpretation gestellt und demnach die ganze Lehre von den Zubehörungen beseitigt wissen, obgleich doch auch er einen Unterschied macht zwischen der Auslegung einer Verfügung aus andern Gründen und der Bestimmung des Sinns derselben „nach den Gewohnheiten des Verkehrs", „nach allgemeiner Anschauung im Verkehr". Dagegen halte ich Göppert's Opposition gegen den gewöhnlich gelehrten Satz, daß Alles Zubehörung sei, welches einer andern Sache bleibend diene, für gerechtfertigt (Note 6).

[4] L. 17 §. 7 D. de A. E. V. 19. 1. „Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii, ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo positae fuerint, aedium sunt". L. 26 pr. D. de instr. 33. 7, l. 242 §. 4 D. de V. S. 50. 16. Seuff. Arch. VII. 286, XVIII. 8. Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 23.

[5] L. 17 §. 10. 11 D. de A. E. V. 19. 1. „Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt; at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii. Pali, qui vineae causa parati sunt, ante quam collocentur, fundi non sunt; sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt". L. 18 §. 1 eod., l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1.

hörung weder erforderlich, noch genügend[7]. Im Uebrigen können nicht bloß unbewegliche Sachen Zubehörungen haben, sondern auch bewegliche[8]; und jene nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche[9].

---

[6] So ist das Bücherbrett und der Bücherschrank nicht Zubehörung der Bücher, das Futteral nicht Zubehörung des Silbergeschirrs, l. 52 §. 3 l. 53 D. de leg. III° 32, vgl. l. 100 §. 3 eod. Zubehörung ist eben nicht, was nicht als in einer andern Sache begriffen gilt. Andere Beispiele aus den Quellen sind folgende. Die Gefäße, in welchen Wein oder trockene Verzehrungsgegenstände aufbewahrt werden, sind nicht Zubehörung des Aufbewahrten. L. 3 §. 1 D. de tritico 33. 6: — „non pars sunt vini vasa". L. 14 vgl. l. 15 eod., l. 3 §. 11 l. 4 D. de penu 33. 9. Statuen sind Zubehörung des Gebäudes, wenn sie zur Architectur gehören, nicht wenn sie: „ornatus . . aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur". L. 245 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 12 §. 23 D. de instructo 33. 7. Zubehörungen eines Gebäudes sind Schlüssel, Schlösser, Vorfenster und Vorthüren, Holzdecken, welche im Winter auf den Steinboden gelegt werden, Brunnendeckel, Röhren zur Wasserleitung — Zubehörung eines Landgutes Dünger und Streu, Zubehörung eines Weinberges die Rebpfähle. L. 13 §. 31 — l. 18 D. de A. E. V. 19. 1, l. 242 §. 2. 4 l. 245 D. de V. S. 50. 16. Die Grenze ist hier der Natur der Sache nach eine flüssige und eben nur nach der Verkehrsauffassung zu ziehen. So schließt das römische Recht sehr bestimmt das Gutsinventar aus dem Begriff der Zubehörungen aus (l. 1 pr. l. 2 §. 1 D. de instructo 33. 7, l. 14 D. de suppell. 33. 10), während in deutschen Particularrechten häufig das Gegentheil bestimmt ist. Stobbe a. a. O. Nr. V.

[7] L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1. „Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet (s. aber auch §. 2 eod.), aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent". L. 17 §. 10. 11 l. 18 §. 1 eod., l. 12 §. 25 D. de instructo 33. 7, l. 83 §. 5 D. de V. O. 45. 1, l. 2 D. de sepulchro viol. 47. 12; l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16. Doch ist die körperliche Verbindung, wenngleich nicht entscheidend, doch auch nicht ohne Bedeutung für die Zubehörungsqualität. Vgl. l. 52 §. 7a D. de leg. III°. Seuff. Arch. VII. 286, XVIII. 8. Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V. 23. Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII S. 335. fg. 361 fg.

[8] Dieß wird nicht von Allen anerkannt, so nicht von Böcking I §. 81 Note 4; aber es folgt aus der Natur der Sache, und wird durch Stellen wie l. 242 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 44 D. de evict. 21. 2, l. 100 §. 3 D. de leg. III° 32 nicht widerlegt; vgl. Wächter II S. 257.

[9] L. 20 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 91 §. 4. 5 D. de leg. III° 32. Seuff. Arch. XXII. 214. A. M. Göppert a. a. O. S. 65 fg.

Weiter als der Begriff der Zubehörung ist der Begriff der Nebensache (Accession). Nebensache ist jede Sache, welche zu einer andern Sache in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar[10].

## Organische Erzeugnisse und Früchte.

### §. 144.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit der Hauptsache verbunden sind, Theile derselben[1], ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich[2].

---

[10] Zu den Nebensachen werden gerechnet außer den Zubehörungen: Früchte, partus ancillae, der im Grundstück gefundene Schatz, alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata.

* Heimbach die Lehre von der Frucht (1843). Wächter Handbuch II S. 259—269 und Erörter. I. 3. Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers (1862) S. 4—19. Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Zu letzterer Schrift: Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg. Böcking I §. 79. 80, Sintenis I S.422—426, Unger I §. 56.

§. 144. [1] L. 49 D. de R. V. 6. 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur". L 40 D. de A. E. V. 19. 1: — „arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo". L. 25 §. 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 12 §. 11 D. de instructo 33. 7. Sie sind Theile im eigentlichen Sinn (§. 142 Num. 1), nicht Bestandtheile (das. Num. 3), s. die folgende Note.

[2] Siehe die Stellen §. 188 Note 7. Göppert S. 149 fg. Seuff. Arch. XIX. 123 (unrichtig das. XVIII. 209). Vgl. 233 Note 5a. — Nähere Ausführung: a) Ein Rechtsverhältniß an ihnen als besonderen Sachen ist nicht möglich. Nicht etwa daß ein solches Rechtsverhältniß sich nur während der Dauer der Verbindung nicht entfalten und geltend machen könnte; sondern es kann nicht entstehen. Beweis hierfür ist, daß nach l. 26 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1 die mit einer fremden Sache organisch verbundene Sache definitiv in das Eigenthum des Eigenthümers der Sache fällt, mit welcher sie verbunden ist, d. h. daß sie nach ihrer Trennung nicht an den früheren Eigenthümer zurückfällt. Kann an einer organisch verbundenen Sache ein entstandenes Recht nicht fortbestehen, so kann ein Recht an ihr auch nicht entstehen. Nur vereinzelt hat sich in der römischen Jurisprudenz eine entgegengesetzte Auffassung insofern geltend gemacht, als wenigstens nach Einer Meinung dem Sclavenkinde und dem Thierjungen im Mutterleibe des Vitium der Furtivität aufgedrückt werden konnte (l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2, andere Meinungen in l. 10 §. 2 D. de usurp. 41. 3, l. 4 §. 17

Nach ihrer Trennung sind sie neue Sachen, deren rechtliches Verhältniß durch das an der Hauptsache stattfindende Rechtsverhältniß naturgemäß beeinflußt[3], aber nicht mit Nothwendigkeit bestimmt ist[4].

---

eod.) b) Daraus, daß an ungetrennten Erzeugnissen als besonderen Sachen ein Rechtsverhältniß nicht begründet werden kann, folgt nicht, daß sie nicht als besondere Sachen den Gegenstand von gültigen Rechtsgeschäften und anderen Rechtsacten bilden könnten; sie sind dazu fähig als res futurae. L. 8 D. de contr. emt. 18. 1: — „fructus et partus futuri recte emuntur". L. 15 pr. D. de pign. 20. 1. „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum". Aber ein gegenwärtiges Recht an dem Erzeugniß kann dadurch nicht begründet werden, und daher auch ein Recht an dem getrennten Erzeugniß nur unter der Bedingung, daß es durch die Trennung in das Eigenthum des Verleihers des Rechts gelangt. A. M. in dieser letzteren Beziehung Göppert S. 234 fg. (vgl. §. 230 Note 10), indem er geltend macht, daß die Frucht auch vor ihrer Trennung, wenngleich Theil der Muttersache, immerhin existire (S. 158 fg.). Aber der ungetrennte Theil einer Sache kann nur dann den Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses bilden, wenn er mit dem Ganzen gleichartig ist, dann aber nicht bloß eines zukünftigen Rechtsverhältnisses (§. 142 Note 5).

[3] Was sich namentlich in dem Satz zeigt, daß Eigenthum an der Muttersache Eigenthum an dem Erzeugniß gibt (§. 186 Note 2).

[4] Der Ausführung der entgegengesetzten Ansicht ist das Buch von Göppert gewidmet. Nach dieser Ansicht faßt das römische Recht das getrennte Erzeugniß nicht als neue Sache, sondern als Substanztheil auf; ist dieß richtig, so ist die Erstreckung des Rechts der Muttersache auf das Erzeugniß logische Consequenz. Vgl. §. 226a Note 11 a. E. Doch gibt Göppert selbst zu, daß das römische Recht diese Auffassung nicht unbedingt durchgeführt habe (S. 164 fg.), und die gegen ihn sprechenden l. 10 §. 2 D. de usurp. 41. 3 und l. 7 §. 8 D. de exc. rei iud. 44. 2 weiß er nur in sehr gezwungener Weise zu beseitigen (in der ersten Stelle sollen die Worte „nec enim esse partum rei furtivae partem" nur sagen, daß der getrennte partus keine wirkliche pars der Muttersache mehr sei, in der zweiten soll Eigenthumsverlust während des Processes und vorherige Abtrennung der zur Zeit des Prozeßbeginnes pendenten Früchte zu supponiren sein). Ganz auf der Auffassung des Erzeugnisses als eines Substanztheils beruht die Entscheidung in l. 44 §. 2 D. de usurp. 41. 3; aber diese Entscheidung ist von der späteren Jurisprudenz verworfen worden (l. 4 §. 18 l. 33 pr. eod.). — Die Göppert'sche Ansicht ist übrigens nicht neu; sie kann vielmehr als die herrschende bezeichnet werden, namentlich wird sie auch von Savigny Besitz S. 313 (276) vertreten. Vgl. Göppert S. 176 fg. Gegen diese Ansicht und für die hier vertheidigte haben sich ausgesprochen: Scheurl Beiträge I Nr. 11, Vangerow I §. 326

Früchte[5] sind: a) diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache, in denen der Ertrag derselben sich darstellt, d. h. der Nutzen, welchen die Sache ohne Verringerung ihrer Substanz gewährt[6] und durch dessen Gewährung ihre wirthschaftliche Bedeutung bestimmt wird[7]; b) die von einer Sache als Ertrag gewährten Sachen auch dann, wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören[8]. c) Im weiteren Sinn wird auch derjenige Er-

---

Anm. I, Dernburg Pfandr. I S. 445, Bremer krit. VJSchr. X S. 33 fg. 57. 65, Hartmann a. a. O., Köppen der Fruchterwerb des b. f. possessor S. 3.

[5] Fructus. Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes fructus ist: Genuß. In diesem Sinn wird in zahlreichen Stellen der Quellen gefragt, ob etwas in fructu sei, ob es in fructu numeratur, in fructu habetur (vgl. l. 28 D. de usur. 22. 1, l. 7 §. 13. 14 D. sol. matr. 24. 3, l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2), und wird von fructus „eorum quoque quae usui non fructui sunt" gesprochen (l. 64 D. de R. V. 6. 1, vgl. l. 4 §. 2 l. 6 §. 6 D. si serv. 8. 5; l. 4 D. de operis 7. 7). S. noch l. 26 D. de usur. 22. 1, l. 49 eod., l. 19 pr. eod. Göppert S. 21 fg.

[6] Daher sind Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundsätzen einer vernünftigen Wirthschaft geschlagen zu werden bestimmt sind. L. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3, l. 10. 11. 12 pr. D. de usufr. 7. 1.

[7] Daher zählt das römische Recht die Kinder einer Sclavin nicht zu den Früchten, „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant", l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. l. 68 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1. Etwas anders Göppert S. 28 fg.; ganz abweichend Böcking I §. 79 Note 5. Aus dem gleichen Grund gehört der auf einem Grundstück gefundene Schatz nicht zu den fructus, l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3.

[8] So Steine, Sand, Kreide. L. 77 D. de V. S. 50. 16. „Frugem pro reditu appellari, non solum quod ex frumentis vel leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur". L. 7 §. 13. 14, l. 8 D. sol. matr. 24. 3, l. 9 §. 2. 3 l. 13 §. 5 D. de usufr. 7. 1. Allerdings wird durch die Wegnahme dieser Sachen die Substanz des Grundstücks verringert; aber diese Verringerung erscheint als keine, weil das Grundstück fortfährt, solche Sachen zu gewähren. Insofern aber dieß möglicherweise auch nicht der Fall sein kann, gehören die „lapides" nicht nothwendig zu den Früchten. Wenn es in l. 7 §. 13 D. sol. matr. 24. 3 heißt: „nec in fructu marmor est, nisi tale est, ut lapis ibi renascatur", so muß es dahin gestellt bleiben, wie das gedacht ist; jedenfalls wird daraus in der Stelle nicht die Consequenz gezogen, daß der Marmor nur unter der bezeichneten Voraussetzung nach dem Recht der Frucht behandelt werde, sondern

trag, welchen nicht die Sache selbst gewährt, sondern welcher von ihr durch Vermittelung eines Rechtsverhältnisses gewonnen wird[9], zu den Früchten gezählt[10]. Man spricht in diesem Fall von juristischen Früchten, im Gegensatz zu den natürlichen[11].

## II. Rechtsverhältnisse an Sachen.

### §. 145.

Die Sachen sind bestimmt, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen. Die rechtliche Form, in welcher sie dieß thun, ist regelmäßig die, daß für sie der Wille eines bestimmten Individuums oder mehrerer bestimmten Individuen mit Ausschluß aller anderen Individuen maßgebend ist. Erfaßt dabei der berechtigte Wille die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, so bezeichnen wir das Rechtsverhältniß als Eigenthumsrecht; erfaßt er sie nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem

---

nur die Consequenz, daß nur unter dieser Voraussetzung Ersatz für die Anlage des Marmorbruchs begehrt werden könne. S. auch l. 18 pr. D. de fundo dot. 23. 5, und vgl. über die verschiedenen Ansichten Schröder Arch. f. civ. Pr. XLIX. 6. 10, Göppert S. 24 fg., auch Mommsen zu dieser Stelle in der Note 1 seiner Ausgabe.

[9] Was „non natura pervenit, sed iure percipitur“, l. 62 pr. D. le R. V. 6. 1.

[10] So namentlich Miethgelder und Zinsen. L. 38 §. 13 D. de usur. 22. 1 („fructus praediorum urbanorum“), l. 8 §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Gewöhnlich aber wird von Miethgeldern und Zinsen gesagt, sie seien nicht eigentlich Früchte, sondern sie würden als Früchte angesehen — pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent, in fructu numeranda sunt. L. 29 D. de H. P. 5. 3, l. 19 pr. l. 34 l. 36 D. de usur. 22. 1. Ja in l. 121 D. de V. S. 50. 16 heißt es geradezu: „usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione“. Vgl. l. 39 §. 1 D. de leg. I° 30, l. 58 §. 5 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 11 D. de don. 39. 5, l. 88 pr. D. de leg. III° 32. Zinsen: reditus pecuniae, l. 24 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 30 pr. D. de adim. leg. 34. 4.

[11] Man sagt: fructus civiles, naturales. Die Ausdrücke civilis und naturalis in diesem Sinne sind quellenmäßig (vgl. §. 148 Note 12), obgleich sie in Verbindung mit fructus nicht vorkommen.

Rechte an fremder Sache. Aber auch schon die bloße thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältniß, ein Verhältniß, welches wichtige rechtliche Folgen hat. Von Besitz, Eigenthumsrecht, Rechten an fremder Sache ist im Folgenden näher zu handeln.

## §. 146*.

Das Rechtsverhältniß, welches an Sachen stattfindet, kann aber auch in einer anderen Weise geordnet sein, so daß für die Sache nicht der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen ausschließlich maßgebend ist, sondern daß sie dem gemeinen Gebrauche hingegeben sind. Diese Ordnung des Verhältnisses hat ihren Grund theils in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen, welche eine andere Art der Verwendung nicht zuläßt, theils in der den Sachen durch menschliche Willkür gegebenen Bestimmung. Es findet dabei aber noch der Unterschied statt, daß entweder nichts vorhanden ist, als die Rechtsregel, nach welcher die Sache zum gemeinen Gebrauche bestimmt ist, oder daß hinter der durch diese Rechtsregel gewährten Gebrauchsbefugniß ein Eigenthumsrecht steht, welches sich geltend macht, sobald jene wegfällt oder soweit sie nicht Platz greift.

Im Einzelnen gehören hierher folgende Sachen.

1. Die uns umgebende Luft. An ihr ist aus natürlichen Gründen eine irgend welche Privatberechtigung nicht möglich[1].

2. Aus natürlichen Gründen ist auch das Meer mit seinen Küsten dem Gebrauche Aller hingegeben[2]. Jedoch sind die im Meere und auf dessen Küsten gemachten Anlagen der Privatberechtigung nicht entzogen[3], und was die Küsten des Meeres angeht, so bilden dieselben immerhin einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates, und daher ist für die Art und Weise ihrer Benützung die Gesetzgebung dieses Staates maßgebend[4].

---

* Zu §. 146 und 147 vgl.: Böcking I §. 69—71, Sintenis I §. 40, Wächter II §. 44, Unger I §. 46.

§. 146. [1] §. 1. 5 I. de R. D. 2. 1 (= l. 2 §. 1 D. de D. R. 1. 8).

[2] Die Küste reicht so weit, wie die höchste Flut steigt, §. 3 I. de R. D. 2. 1, l. 96 pr. l. 112 D. de V. 50. 16.

[3] §. 1 I. cit., l. 4 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 5 §. 1 l. 6 pr. l. 10 D. ed., l. 14 pr. l. 30 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1.

3. In Betreff der auf dem festen Lande befindlichen Gewässer[5] ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasserwelle als solcher und der Gesammtheit des Gewässers. Jene ist nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung[6], während bei der Gesammtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist. Von der andern Seite hat die Natur nicht alle Gewässer dazu bestimmt, der ausschließlichen Herrschaft Eines oder Einzelner unterworfen zu sein; die größeren Gewässer haben die natürliche Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen. Eine feste Grenze ist hier der Natur der Sache nach schwer zu ziehen, und das römische Recht hat dieß nicht versucht; indem es den Satz aufstellt, daß die Flüsse dem gemeinen Gebrauche unterworfen

---

[4] Dieß erstreckt sich sogar auf die Küstengewässer (den Küstensaum). Vgl. überhaupt Heffter europ. Völkerrecht (4. Aufl.) §. 73—76a, Bluntschli das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten §. 302. 309. 310. 322. In den Quellen wird zwar die Meeresküste dem Meere selbst als res communis omnium gleichgestellt (§. 1. 5 I. citt.), und als absolut herrenlose Sache bezeichnet (l. 14 pr D. de A. R. D. 41. 1). Aber andererseits heißt es doch, daß zu Anlagen auf der Meeresküste obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei (l. 50 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 §. 1 D. ne quid in loco publ. 43. 8), und in l. 3 pr. eod. wird geradezu gesagt: „litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror". Daher kann der Staat auch Sonderberechtigungen an der Meeresküste und dem Küstensaum verleihen. L. 14 D. de iniur. 47. 10.

[5] Das „Wasserrecht hat eine sehr umfangreiche Literatur. Vgl.: Gesterding Arch. f. civ. Pr. III. 5 (1822). C. Fr. Günther quaestionum de iure aquarum spec. I—V (1826—1830). Funke Arch. f. civ. Pr. XII. 15. 21 (1829). Hofmann Versuche in Bearbeitung des röm. Rechs Heft 2 (1831). Kori Arch. f. civ. Pr. XVIII. 2 (1835) Elvers Beiträge zum Wasserrecht, Themis N. F. I S. 413 fg., auch besonders abgedruckt (1841). Schwab Arch. f. civ. Pr. XXX Beilageheft (1847). Börner das. XXXVIII 7. 15 (1855). Endemann das ländliche Wasserrecht (kurhessisches Recht auf Grundlage des gemeinen, 1862). Heimbach Weiske RLexic. XIV S. 86 fg. (1862). Hesse Jahrb. f. Dogm. VII. 5 (1865). Kappeler der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts (1867). Darüber Berchthold krit. VJSchr XIII S. 140 fg. S. auch die Lehrbücher des deutschen Privatrechts: Eichhorn §. 267. 268, Mittermaier I §. 222—223, Gerber §. 61. 63, Beseler §. 197 (3. Aufl. §. 200), Blunschli §. 75 fg., Stobbe §. 64.

[6] In diesem Sinne wird in §. 1 I. cit. die aqua profluens neben Luft und Meer zu den res omnium communes gerechnet. Vgl. übrigens auch Hesse a. a. O. S. 204 fg., Kappeler S. 43 fg.

seien, nicht aber die Bäche[7], definirt es den Fluß als ein Gewässer, welches sich von dem Bache durch seine Größe oder durch die Auffassung der Umwohnenden unterscheide[8]. Es fügt aber noch die Beschränkung hinzu, daß Flüsse, welche nicht beständig fließen, dem gemeinen Gebrauche nicht unterworfen seien[9]. — Näher bestimmt sich der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht werden darf, durch die Vorschriften des betreffenden Staates[10]. Die Befugniß zur Erlassung derselben

[7] Von den Bache muß dasselbe gelten, was l. 1 §. 4 D. de flum. 43. 12 von dem flumen privatum (s. Note 9) sagt, daß er „nihil differt a ceteris locis privatis". L. 1 pr. §. 1 eod. Uebrigens ist dieß ein bestrittener Punkt. Vielfach wird behauptet, daß das römische Recht alle beständig fließenden Gewässer, die Bäche nicht ausgenommen, dem gemeinen Gebrauch unterwerfe. S. namentlich Börner a. a. O. S. 155 fg., Hesse a. a. O. S. 181 fg., Kappeler S. 84 fg. Seuff. Arch. XIV. 201, XVIII. 7, XIX. 118; XXI. 12, XXIII. 207. Buchka u. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock V S. 68. VII S. 223 fg.

[8] L. 1 §. 1 D. de flumin. 43. 12. „Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium".

[9] L. 1 §. 3 eod. „Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit (über diesen Begriff §. 2 eod.) Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis". Daher heißt es in l. 4 §. 1 D. de D. R. 1. 8: „flumina paene omnia publica sunt", welches paene freilich in dem entsprechenden §. 2 I. de R. D 2. 1 weggelassen ist. — Daß das heutige Recht noch weiter gehe, und auch alle nicht schiff- und flößbaren Flüsse aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausscheide, ist ein oft behaupteter, aber nicht nachgewiesener Satz. Man beruft sich hauptsächlich auf Sachsensp. II. 28 §. 4. „Svelk water stromes vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne". Aber abgesehen davon, daß hier sehr wahrscheinlich fließendes Wasser überhaupt im Gegensatz des stehenden gemeint ist (den Gegensatz bildet das „watere an wilder wage" des §. 1 eod., und wilde wage ist nach der Glosse — „het water, dat sic wegit na deme winde unde anders nicht"), ist nicht abzusehen, wie der Sachsenspiegel einen Satz des heutigen gemeinen Rechts darzuthun vermag. Vgl. noch Görlitzer Landr. Kap. 34 §. 1: „jeglich vlizinde wasser heizet des riches srasse". S. jedoch auch Beseler §. 197 Note 2 in der 2. Aufl., (3. Aufl. §. 200 Note 2), Stobbe §. 64 Nr. II. Ebensowenig kann ein das römische Recht abänderndes Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden. Vgl. noch Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII S. 225. — Flußbett: Seuff. Arch. XXI. 212.

[10] L. 17 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 42 D. de aq. quot. 43. 20. Es steht natürlich auch im Belieben des Staates, Fremde auszuschließen, oder nur mit Beschränkungen zuzulassen.

ist ein Ausfluß des Hoheitsrechts des Staates, und darf nicht etwa auf ein zu Grunde liegendes Eigenthumsrecht desselben zurückgeführt werden[11]. Dagegen kommt in Deutschland das s. g. Wasserregal des Staates, insofern durch dasselbe dem Staate ein vorzugsweises Recht auf gewisse Arten der Nützung der öffentlichen Gewässer gewährt wird, in Betracht[12]. Auch Privatpersonen können an öffentlichen Gewässern ein, den gemeinen Gebrauch nicht ausschließendes, vorzugsweises Nützungsrecht durch Privilegium oder unvordenkliche Verjährung erwerben[13]. So weit die Benützung der öffentlichen Gewässer dieß nöthig macht, können auch ihre Ufer von Jedermann benützt werden; im Uebrigen sind dieselben Gegenstand des Privateigenthums[14].

4. Sachen, welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind, wie Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude, Festungswerke, 2c. 2c.[15], hören da-

---

[11] Gegen die Annahme eines solchen Eigenthumsrechts sprechen die Sätze, daß die im Flusse entstandene Insel und daß das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigenthümern gehören, §. 22. 23 I. de R. D. 2. 1. Vgl. Seuff. Arch. XXII. 212. A. M. Pernice Labeo I S. 273 fg.

[12] So ist das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern in vielen Staaten Deutschlands Regal. Beseler §. 197 (200) Nr. VII, Gerber §. 94, Stobbe §. 64 Nr. IV. Ueber das s. g. Mühlenregal vgl. Gerber §. 63 g. E. mit Beseler §. 197 (200) Nr. VI. Man pflegt in dem Wasserregal aber auch Befugnisse des Staates zu befassen, welche lediglich Ausflüsse seines Hoheitsrechts sind. Vgl. Gerber a. a. O.

[13] Vgl. die in Note 10 citirten Stellen und l. 3 §. 4 D. de aq. quot. 43. 20. Kappeler S. 116 fg. 128 fg. Seuff. Arch. XX. 203, XXI. 193, XXII. 10. 119, XXIII. 110.

[14] L. 5 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 15 l. 30 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 D. de flum. 43. 12.

[15] Als „loca quae publico usui destinata sunt" sind sie res publicae, wie die öffentlichen Flüsse. L. 2 §. 2—5 D. ne quid in loco publico 43. 8; über öffentliche Wege insbesondere s. l. 2 §. 22. 23. eod. Der gemeine Gebrauch ist nicht nothwendigerweise ein allgemeiner Gebrauch, wie sich z. B. bei öffentlichen Gebäuden und Festungswerken zeigt. — Mit dem Ausdruck res publicae werden aber auch solche Sachen bezeichnet, welche, ohne dem gemeinen Gebrauch unterworfen zu sein, sich von andern Sachen nur dadurch unterscheiden, daß ihr Eigenthümer nicht eine Privatperson, sondern der Staat oder eine Gemeinde ist. L. 2 §. 4 tit. cit., l. 6 pr. l. 72 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 17 D. de V. S. 50. 16. Im engeren und ursprünglichen Sinne sind übrigens nur die Sachen des populus Romanus res publicae.

durch nicht auf, im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde[16], möglicherweise auch einer Privatperson[16a], zu stehen. Dieses Eigenthum tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während

---

L. 15 D. de V. S. 50. 16. „Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt". Vgl. l. 16. 17 eod. Ueber die letztere Stelle s. Dernburg in der in Note 17 cit. Schrift S. 4 Anm.*, und überhaupt Kappeler S. 3—4.

[16] In l. 6 §. 1 D. de R. D. 1. 8 heißt es von den Sachen, „quae in civitatibus sunt, theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum", sie seien „universitatis", in keinem anderen Sinne als wie dieß zugleich von dem „servus communis civitatis", gesagt wird, und daß die genannten Sachen den Römern als res publicae galten, wenn sie auch in jener Stelle als solche nicht bezeichnet werden, ist unzweifelhaft, §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 3 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Ferner stützt §. 39 I. de R. D. 2. 1 die Entscheidung, daß der „in publico loco vel fiscali" gefundene Schatz zur Hälfte dem fiscus bez. der civitas gebühre, auf den Satz, daß der auf fremdem Grund und Boden gefundene Schatz zur Hälfte an den Eigenthümer falle; welches Argument dadurch nicht abgeschwächt wird, daß in l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 dem Fiscus als solchem ein Recht am Schatz zuerkannt wird. Andererseits sagt nun zwar l. 1 pr. D. de D. R. 1. 8 von den res publicae, daß sie „nullius in bonis esse creduntur" und man wird diesen Anspruch mit Rücksicht darauf, daß die Stelle unmittelbar zuvor auch die res hereditariae als res nullius bezeichnet, nicht von einem Leugnen des Einzeleigenthums gegenüber dem Corporations- oder Staatseigenthum verstehen dürfen, sondern wird zugeben müssen, daß dadurch das Eigenthum an res publicae überhaupt negirt werden soll, so daß, wenn nun die Stelle hinzufügt: „ipsius enim universitatis esse creduntur", darunter eben nur der an diesen Sachen stattfindende Gemeingebrauch verstanden werden darf. Aber diese Ungenauigkeit der Auffassung erklärt sich leicht aus dem großen Umfang, in welchem bei den res publicae der Gemeingebrauch das Eigenthumsrecht verdeckt; für die äußere Erscheinung freilich tritt das Eigenthum hinter dem Gemeingebrauch fast vollständig zurück. So ist es auch begreiflich, daß in den Quellen die res publicae dieser Art zu den Sachen, welche bloß deßwegen res publicae sind, weil das Subject des Eigenthums der Staat oder eine Gemeinde ist, in Gegensatz gebracht werden. S. die Stellen in Note 24. Vgl. Wächter II S. 285 fg., Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock V S. 293, ferner die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 272, Gerber §. 62, Beseler §. 76, Stobbe §. 64.

[16a] L. 2 §. 22. 23 D. ne quid in loco publ. 43. 8. Kappeler S. 12 fg., Wappäus (§. 147) S. 114 fg. A. M. Eisele in der in Note 17 citirten Schrift S. 30 fg. Vgl. Seuff. Arch. IX. 135, XVII. 5.

ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht[17]. So lange die öffentliche Bestimmung der Sache dauert, entscheiden über ihre

---

[17] S. §. 39 I. de R. D. 2. 1 (Note 16). Vgl. auch die Stellen der Note 14. — Nach einer anderen Auffassung sind wenigstens die öffentlichen Sachen des Staates dem Eigenthumsrechte ganz und vollständig entzogen; es wird behauptet, daß sie nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen seien. Nach dieser Ansicht fällt auch, was die öffentlichen Staatssachen noch an Privatnutzung gewähren, z. B. das an den Seiten der öffentlichen Wege wachsende Gras, dem Staate kraft seines Hoheitsrechts zu; sie muß ferner annehmen, daß, wenn die öffentliche Sache durch eine Bestimmung des Staates dem gemeinen Gebrauche entzogen wird, durch dieselbe zugleich für den Staat ein Eigenthumsrecht erzeugt werde; sie muß endlich auch den Gemeinden an ihren öffentlichen Sachen ein dem Hoheitsrechte des Staates entsprechendes öffentliches Recht zuschreiben. — Die hier bezeichnete Frage ist in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit verhandelt worden bei Gelegenheit eines Rechtsstreites zwischen den Cantonen Basel-Stadt und Basel-Land über das durch den Abbruch der Festungswerke der Stadt Basel gewonnene Terrain. In diesem Rechtsstreite haben Gutachten abgegeben: Keller (zwei), Jhering (ebenfalls zwei), Dernburg; Keller und Jhering gegen, Dernburg für die hier vertheidigte Ansicht. Das erste Gutachten Keller's ist gedruckt unter dem Titel: Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigen Rechtsverhältnisse betreffend. Langenthal, Buchdruckerei von Friedrich Herzig, 1861; das zweite Gutachten Keller's findet man in der Schrift (von J. Rüttimann): Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Basler Festungswerke ꝛc. Zürich, Druck von Orell, Füßli und Comp., 1860. Das erste Gutachten Jhering's ist erschienen: Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1862; das Gutachten Dernburg's: Halle, C. E. M. Pfeffer, 1862. Erwiderung Jhering's: Basel, Bahnmaiers Buchdruckerei (C. Schultze), 1862. Jhering hat übrigens von Anfang an das staatliche Hoheitsrecht weniger betont, als Keller, und erkennt jetzt an (über den Grund des Besitzesschutzes, 2. Aufl. v. 1869 S. 151), daß der Anspruch des Staates auf die Nebenerträge der res publicae so wie das im Falle der Verwandlung einer res publica in eine res privata ihm anfallende Eigenthum „über den Gesichtspunkt eines hoheitlichen Rechtes . . hinausreicht und diesem Recht einen privatrechtlichen Charakter verleiht" (womit zu vergleichen ist das zweite Gutachten S. 23). Für das hinter dem Recht des Gemeingebrauchs stehende Eigenthum neuerdings: Wappäus a. a. O. S. 85 fg., Berchtold a. a. O. S. 131 fg., Kappeler a. a. O. S. 4 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I S. 276 (2. Ausg. 339), Pernice Labeo I S. 267 fg. Die allerneueste Stimme über die Frage ist die von Eisele, über das Rechtsverhältniß der res publicae in publico usu nach römischem Recht, akadem. Programm 1873. Dieser Schriftsteller schreibt dem Staate und der Gemeinde ein „publicistisches Eigenthum" zu, und will damit ausdrücken, daß den res

Benützung die von der competenten Behörde getroffenen Anordnungen[18]. Eine mit dem gemeinen Gebrauch verträgliche Bevorzugung Einzelner der Gesammtheit gegenüber ist auch hier nicht ausgeschlossen[19].

Die Handhabung der Ordnung in der Benützung der dem gemeinen Gebrauch hingegebenen Sachen erfolgt entweder auf polizeilichem Wege, oder dadurch, daß gegen den Verletzer ein Privatanspruch gewährt wird. Das Erste gehört nicht in das Privatrecht, von dem Zweiten wird des Näheren im Obligationenrecht die Rede sein[20].

## §. 147*.

Die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen sind durch diese ihre Bestimmung dem Verkehre entzogen, d. h. es können an ihnen nicht nach den für andere Sachen geltenden Grundsätzen, und im Besonderen nicht in Widerspruch mit dem

---

publicae die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei, nicht etwas von Außen Hinzukommendes, sondern etwas durch ihren Begriff Gegebenes. Im Uebrigen erkennt er an, daß dieses publicistische Eigenthum, wo der publicus usus nicht entgegensteht, dem Privateigenthum „gleichwerthig" sei, daß auch nach Aufhebung des publicus usus sich das publicistische Eigenthum sofort in Privateigenthum für das Subject des bisherigen publicistischen Eigenthums verwandele. Ich weiß nicht, ob nicht dieses „publicistische Eigenthum" in der Wirklichkeit nichts Anderes ist, als das gewöhnliche Eigenthum, welches die der Sache aufgedrückte Zweckbestimmung zum publicus usus zu respectiren hat. — Das Recht des Gemeingebrauches selbst faßt Jhering jetzt Geist des röm. Rechts III S. 334 fg. (2. Aufl. S. 346 fg.) als eigenes Recht des Bürgers auf, nicht als auf Gestattung (Ordnung) des Staats oder der Gemeinde beruhend. Für das römische Recht theilt diese Ansicht auch Bruns Zeitschr. f. RGesch. III S. 206—208; für das heutige findet er sie „etwas bedenklich". Dawider Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 131, Eisele a. a. O. S. 17 fg. 27 fg.

[18] Namentlich auch über die Zulassung von solchen Personen, welche dem betreffenden Staate und der betreffenden Gemeinde nicht angehören.

[19] L. 18 §. 1 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 2 pr. §. 10. 15—17 D. ne quid in loco publ. 43. 8, l. 1 pr.; D. de loco publ. fruendo 43. 9, l. 3 §. 4 D. quod vi aut clam. 43. 24. Kappeler S. 116 fg.

[20] S. II §. 467.

* Wappäus zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867. Darüber Bechthold krit. VJSchr. XIII S. 119 fg.

ihnen aufgedrückten Rechtsverhältniß des gemeinen Gebrauchs, Rechte erworben werden[1]. Rechtsgeschäfte auf Leistung einer solchen Sache sind Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung, worüber das Nähere im Obligationenrecht vorgetragen werden wird[1a]. Insofern ihre Bestimmung für den gemeinen Gebrauch wegfallen kann, sind sie auch fähig, Verkehrsgegenstände zu werden.

Die Eigenschaft, dem Verkehr entzogen zu sein, ist keine ausschließliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnißplätzen[2]. Wenn das römische Recht noch weiter ging, und diese Sachen, als aus dem Bereiche menschlichen Rechts ganz ausgeschieden, für unfähig erklärte, im Eigenthum zu stehen[3], so gilt dieß für das heutige Recht nicht mehr; nach heutigem Rechte stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, mög-

---

[1] L. 34 §. 1 D. de contr. emt. 19. 1. „Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est". L. 6 pr. eod., §. 2 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1. In Betreff der Ersitzung s. §. 182. 183. — Andere (so neuestens auch Eisele a. a. O. S. 13 fg.) sehen das Wesen der s. g. res extra commercium darin, daß an ihnen Eigenthum unmöglich sei. Dagegen beweisen die in §. 146 Note 16 und in diesem §. Note 6 genannten Stellen und die römische Formel der Interdiction des Verschwenders: „ob eam rem tibi ea re commercioque interdico" (Paul. sent. III. 4a §. 7). Vgl. auch die Definition bei Ulp. XIX. 5: „commercium est emendi vendendique invicem ius". Aber freilich, was ein Privatmann nicht erwerben kann, das kann er auch nicht „habere vel possidere vel persequi" (l. 34 §. 1 cit.). Wappäus S. 1—8 stellt den Begriff des extra commercium esse zwar nicht auf den Ausschluß des Eigenthums, aber doch immer auf Rechtsausschluß (Ausschluß einzelner Rechte, Ausschluß der Rechte einzelner Personen, Ausschluß einzelner Rechte für einzelne Personen). S. dagegen auch l. 62 D. de A. R. D. 41. 1.

[1a] S. II §. 315.

[2] Res sacrae und religiosae nach römischer Bezeichnungsweise.

[3] §. 7—9 I. de R. D. 2. 1, l. 6 §. 2 l. 9 D. de D. R. 1. 8. Diese Unfähigkeit schloß jedoch ein privatives Begräbnißrecht nicht aus. L. 4 D. de mort. inf. 11. 8, l. 3 pr. §. 9. 10 l. 6 D. de sep. viol. 47. 12, l. 4. 6. 8. 13 C. de rel. 3. 44, l. 2 §. 2 D. de interd. 43. 1. Vgl. l. 21 C. de ss. eccl .1. 2, rubr. tit. C. 7 38 ne rei domincae vel templorum vindicatio temporis prcescriptione summoveatur. Ihering Geist des röm. R. III

licherweise auch im Privateigenthum[4], die Begräbnißplätze im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde, oder auch im Privateigenthum[5]. Auch andere Sachen können durch besondere factische Verhältnisse oder rechtliche Bestimmungen dem Verkehr entzogen, oder es kann der Verkehr an ihnen mehr oder minder erschwert sein, worüber sich im Allgemeinen nichts Näheres sagen läßt[6].

---

# Zweites Kapitel.

## Der Besitz*.

### I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

### A. Sachbesitz.

### §. 148.

Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben[1]. Diese thatsächliche Gewalt kann eine rechtlich gerecht-

---

S. 346 fg. Darüber, daß die res sacrae und religiosae dem Verkehr entzogen sind, s. die in Note 1 genannten Stellen. Zu den res divini iuris zählt das römische Recht noch die res sanctae, d. h. die durch eine besondere Sanction gegen Verletzung geschützten Sachen (§. 10 I. de R. D. 2. 1, l. 6 §. 2 l. 8. 9 §. 3. 4 D. de D. R. 1. 8). Etwas Entsprechendes haben wir in unseren befriedeten Sachen, deren Begriff aber bloß für das Strafrecht Bedeutung hat.

[4] Z. B. Privatkapellen. — Schon Justinian gestattete Veräußerung der beweglichen res sacrae zum Zweck der Loskaufung von Gefangenen und der Deckung von Kirchenschulden, §. 8 I. de R. D. 2. 1, l. 21 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 120 c. 10.

[5] Walter Kirchenrecht §. 246. 262 (7. Aufl.), Richter Kirchenr. §. 287. 290. Wappäus S. 49—73. Seuff. Arch. VI. 140.

[6] In l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3 wird der Begriff der res „cuius commercium non est", auf die res litigiosa wegen des für dieselbe geltenden Veräußerungsverbotes, in l. 39 §. 10 D. de leg. I° 30 auf die zum patrimonium Caesaris gehörigen Sachen, weil ihre Veräußerung einen besonderen Befehl desselben voraussetze, bezogen. Vgl. noch l. 1 C. ne christian. manc. 1. 10. Verbotene Sachen (durch Landesbestimmung verbotene Sachen), wie z. B. verbotene Waffen, verbotene Bücher sind dem Verkehr im demselben Sinn entzogen, wie die römischen res sacrae und religiosae, d. h. es ist an ihnen ein Recht überhaupt unmöglich, vgl. l. 4 §. 1 D. fam. erc. 10. 2. Hierhin gehört auch der menschliche Leichnam. Vgl. Wächter II §. 44 Note 5. 16, Wappäus S. 17 fg. 47 fg.

fertigte sein, oder nicht; für den Begriff des Besitzes ist dieß gleichgültig. Indem wir von Besitz reden, sehen wir von dem Rechte zu besitzen ab[2].

Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Besitzes. Es kommt auf den Zustand des In-

---

* Dig. 41. 2 de acquirenda vel amittenda possessione. Cod. 7. 32 de acquirenda et retinenda possessione. — Das Hauptwerk über diesen Gegenstand, die Grundlage aller späteren Forschungen, ist das von Savigny: das Recht des Besitzes, 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836, 7. Aufl., herausgegeben von Rudorff mit einem Anhange, 1865. (Im Folgenden citirt: Savigny schlechthin, die Seitenzahlen der 7. Aufl. in Klammern). Neuere Schriften sind: Bruns das Recht des Besitzes, im Mittelalter und in der Gegenwart (1848). Lenz das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (1860). (S. über diese Schrift die streng richtende Kritik von Esmarch krit. VJSchr. IV S. 190 fg.) Randa der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches (1865). (Darüber Arndts krit. VJSchr. VIII S. 371.) Ohne Werth ist: v. Zielonacki der Besitz nach dem R. R. (1854). Dagegen ist noch zu beachten der von Puchta verfaßte Artik. Besitz in Weiske's Rechtslexicon II S. 41—73 (auch in Puchta's kl. civil. Schriften Nr. 26), und sogleich hier zu nennen, obgleich sie nur einen Theil der Lehre vom Besitz umfaßt, die geistvolle Schrift von Ihering, über den Grund des Besitzesschutzes, 1. Aufl. (auch im Jahrb. f. Dogm. IX. 1) 1868, 2. Aufl. 1869 (im Folgenden nach beiden Auflagen citirt, die Seitenzahlen der zweiten Auflage in Klammern). Ueber diese Schrift: R. Schmid krit. VJSchr. XII S. 70 fg.

[1] Die deutsche wie die römische Sprache bezeichnen dieses Verhältniß nach einer sehr concreten Auffassung. L. 1 pr. D. h. t. „Possessio appellata est . . . a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit . .". Vgl. J. Grimm das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung. Berlin 1850. §. 148.

[2] „Nihil commune habet possesssio cum proprietate", l. 12 §. 1 D. h. t. „Separata esse debet possessio a proprietate", l. 1 §. 2 D. uti poss. 43. 17. L. 2 eod., l. 3 §. 5 l. 52 pr. D. h. t. Es ist eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie gern Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint; den Anfänger dagegen ausdrücklich zu warnen, erscheint nicht überflüssig. Uebrigens ist auch der Sprache unserer Quellen dieser Unart nicht ganz fremd. Possessio bezeichnet in ihnen auch, was wir Besitzung, possessor, was wir Grundbesitzer, Gutsbesitzer nennen, vgl. z. B. l. 78 D. de V. S. 50. 16, l. 15 D. qui satisd. 2. 8. Auf demselben Zuge beruht die Identificirung der Sache mit dem Eigenthumsrecht an der Sache, woraus die Unterscheidung zwischen res corporales und incorporales entstanden ist.

neren des Besitzenden an. Der Besitzende kann möglicherweise den Willen haben, die Sache für sich zu besitzen; oder er kann die Sache für einen Anderen besitzen wollen, wie z. B. derjenige thut, dem eine Sache geliehen, dem sie vermiethet worden ist; oder es ist endlich auch möglich, daß er gar keinen Willen in Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein vom Besitze fehlt.

Der Besitz, bei welchem das Bewußtsein des Besitzens und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Rechte gleichgültiges Factum[3].

Der Besitz, welcher durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, mag dieser Wille auf ein Besitzen für sich oder auf ein Besitzen für einen Andern gerichtet sein, hat diejenige rechtliche Bedeutung, welche einem jeden thatsächlichen Zustande zukommt, der durch die Macht und den Willen einer Person besteht. Insofern nämlich dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht, liegt in der Festhaltung desselben eine Rechtsverletzung, die einen Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung und gegebenen Falls ein Klagerecht begründet (§. 122). Von der anderen Seite gewährt das thatsächliche Bestehen eines Zustandes demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, den Vortheil, daß er im Processe der Beklagte, somit frei vom Beweise ist, und daß er gegen die Klage des Gegners, wie Einreden überhaupt, so namentlich auch einredeweise solche Ansprüche geltend machen kann, durch deren Befriedigung die Durchführbarkeit des gegnerischen Anspruchs rechtlich bedingt ist (s. g. Retentionsrecht). Eigenmacht des Gegners darf er durch Selbstvertheidigung zurückweisen. Alles dieses gilt, wie für thatsächliche Zustände überhaupt, so auch für den Besitz[4].

Viel wichtiger sind die rechtlichen Folgen desjenigen Besitzes, welcher mit dem Willen verbunden ist, die Sache für sich zu

---

[3] Vgl. Bruns S. 466. 267, Rudorff Anhang Nr. 2.

[4] L. 9 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 15 l. 4 l. 5 pr. §. 1 D. ad exh. 10. 4; §. 4 I. de interd. 4. 15, l. 5 pr. D. si usufr. 7. 6, l. 21 D. de prob. 22. 3; l. 1 C. unde vi 8. 4 (Savigny §. 3 Nr 5). In Betreff der Freiheit des Besitzers von der Beweislast vgl. noch Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864) S. 100 fg., und dazu Rudorff Anhang Nr. 9.

haben, welcher die thatsächliche Verwirklichung des Willens ist, sich die Sache anzueignen. Dieser Besitz wird nämlich

1) in gewissem Maße rechtlich geschützt. Der Schutz, welchen der bezeichnete Besitz im römischen Recht gefunden hat, beruht auf einem doppelten Gesichtspunkt. a) Eigenmächtige Eingriffe in diesen Besitz erklärt das römische Recht als solche für Unrecht, und gewährt gegen dieselben dem Besitzer einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[5]. Dieß ist näher so zu denken. Der Wille, welcher in diesem Besitz sich zur thatsächlichen Geltung bringt, ist, ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher eben so viel werth, wie jeder andere Einzelwille, welcher die Sache sich unterwerfen möchte; will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die höhere Entscheidung der vom Staate geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen; setzt er sich durch eigene Macht durch, so thut er damit, wie auch sein Inhalt berechtigt sein mag, dem Besitzer formales Unrecht[6]. b) Der Besitz, obgleich nur Thatsache,

---

[5] Die processualische Form dieses Anspruchs im römischen Recht war die des Interdictes; daher spricht man noch heutzutage von Interdictenschutz und Interdictenbesitz.

[6] Ueber den rechtsphilosophischen Grund des Schutzes des Besitzes gegen Eigenmacht ist viel gestritten worden, und wird noch gestritten. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Savigny S. 46 [60 fg.], Rudorff Anhang Nr. 19, Randa §. 8, Ihering S. 4 fg., und unten in dieser Note. Nach der im Texte gegebenen Begründung beruht dieser Schutz auf dem gleichen Gedanken, auf welchem der Schutz gegen Injurie beruht. Jeder ist im Staate dem Andern gleich; Niemand soll sich über den Andern erheben. Das heißt nicht, wie Bruns Besitzklagen S. 266 fg. annimmt, daß der Besitz geschützt werde wegen der in der Störung desselben liegenden Injurie, sondern es heißt, daß derselbe Rechtsgedanke, welcher der Strafe der Injurie zu Grunde liegt, auch zur Anerkennung des Rechts auf Wiederherstellung eines eigenmächtig gestörten thatsächlichen Zustandes geführt hat. Ihering S. 39 (40) fg. hat gegen diese Art der Begründung eingewendet, daß wenn der Wille des Einen so viel werth sei, als der Wille des Andern, eben auch der Wille des neuen Besitzers so viel werth sei, als der Wille des früheren. Gewiß: gegenüber einem Eingriff in seinen Besitz; aber daraus folgt nicht, daß er nicht Unrecht gethan hat, indem er den früheren Besitzer verdrängt, seinen Willen an die Stelle des Willens des früheren Besitzers gesetzt hat. Auch das darf man nicht einwenden, daß nach der hier vertretenen Auffassung auch der Besitzer in fremdem Namen geschützt werden müßte. Wenn ein positives Recht den bezeichneten

hat doch für den Besitzer ein Interesse und ist somit ein Gut im wirthschaftlichen Sinn des Wortes. Unter diesem Gesichtspunkt hat das römische Recht auf den bezeichneten Besitz die

Gesichtspunkt sich überhaupt aneignet, so ist es seine Sache zu überlegen, in welchem Umfange es ihn durchführen will. Das römische Recht hat ihn nur für den realisirten Aneignungswillen durchgeführt; das moderne Recht ist weiter gegangen (§. 151 Note 4), aber den Besitz in fremdem Namen hat auch es nicht mit umfaßt. — Savigny setzt den Grund des Schutzes des Besitzes darin, daß „jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist" (S. 8 [30]. Wenn das an und für sich noch in doppelter Weise verstanden werden kann, nämlich entweder so, daß in der Besitzesstörung nichts liege, als eine Verletzung der Rechtsordnung, oder so, daß durch dieselbe auch ein subjectives Recht der Person verletzt werde, also ein Recht dahin gerichtet, daß gegen sie keine Besitzesstörung geübt werde, so kann doch die wirkliche Meinung Savigny's, obgleich er sich darüber nicht ganz deutlich ausgesprochen hat, kaum zweifelhaft sein; denn er hebt hervor, daß nicht die publicistische, sondern die privatrechtliche Rücksicht die Grundlage des Besitzrechts bilde (S. 50 [63]), er nennt den Schutz des Besitzes einen Schutz der Persönlichkeit (S. 48 [62]), ja er spricht davon (S. 8 [30] vgl. S. 55 [67]), daß in dem Besitze ein anderes Recht mit verletzt werde. Jedenfalls aber nahm Gans, indem er bei der Behauptung Savigny's, der Besitz sei kein Recht — wovon sogleich — stehen blieb, an, Savigny lasse erst durch die Eigenmacht ein Recht des Verletzten entstehen, und erhob dagegen eine lebhafte, von seinen Anhängern fortgeführte Polemik (Gans System des röm. Civilrechts im Grundrisse [1827] S. 202 fg., ders. über die Grundlage des Besitzrechts, eine Duplik ꝛc. ꝛc. [1839], A. Köppe zur Lehre vom Besitz [1839], Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des von Savigny'schen Buches [1840, Verfasser ungenannt]), von dem Satze ausgehend, daß das Unrecht kein Recht schaffen könne, vielmehr ohne ein vorausgehendes Recht nicht möglich sei. Gans selbst formulirte den Grund des Schutzes des Besitzes dahin, daß „der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes (sei), und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen (habe)". Denselben Gedanken drückt Puchta (Rhein. Mus. III. 17, kl. civ. Schriften Nr. 15 [der erste Aufsatz das. Nr. 14], krit. Jahrb. f. deutsche RW. V S. 283 fg.) so aus: berechtigt sei der sich selbst, d. h. Anerkennung seiner Freiheit und Persönlichkeit wollende Wille. Bruns Recht des Besitzes §. 58 lehrt: der Wille ist seinem Wesen nach absolut frei, Zwang und Gewalt gegen ihn sind also schon an sich Unrecht; der Besitz wird, weil er factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Kierulff (S. 351) lehnt die Beantwortung der Frage, weßwegen „der offene eigenmächtige Widerstreit eines Subjects gegen den wirklichen Willen eines Andern" Delict sei, ausdrücklich ab. Rudorff (Zeitschr. f. gesch. RW. VII. 3) stellt den Gesichtspunkt der Selbsthülfe in den Vordergrund, welche Ansicht jetzt vom Verf. aufgegeben, aber

Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung angewendet (II §. 421 fg.); an wen ein fremder Besitz ohne rechtfertigenden

---

von R. Schmid a. a. O mit einer andern Wendung wieder aufgenommen worden ist. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 135 fg. 210 glaubt, der Schutz des Besitzes beruhe nicht auf Rechts- sondern auf Zweckmäßigkeitsgründen, er sei nicht Rechts- sondern Polizeischutz. Ueber die besondere Ansicht von Lenz s. §. 150 Note 1. — Eine ganz neue Theorie vertheidigt jetzt Jhering a. a. O. Nach dieser Theorie wird der Besitz nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern um des (weniger möglicher- als wahrscheinlicherweise [Jhering S. 25. 26 bez. 27. 28]) hinter ihm stehenden Eigenthum's wegen: „der Schutz der Besitzes . . ist eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zukommt". Was mich abhält, mich dieser Theorie anzuschließen, ist Folgendes. a) Wenn der Besitz um des Eigenthums willen geschützt wird, so kann er nicht gegen das Eigenthum geschützt werden: nun aber ist es, wie auch Jhering selbst anerkennt, der Fundamentalsatz der Besitzesschutzlehre, daß im Possessorium petitorische Einreden ausgeschlossen sind, selbst wenn sie sofort liquid sind. Das römische Recht gestattet den Gegenbeweis des Eigenthums sogar gegenüber dem redlichen Besitz, der doch dem Eigenthum viel näher steht, als der bloße Besitz. b) Geschützt wird nicht der Besitz als solcher, sondern nur der in gewisser Weise gestörte und verletzte Besitz: die Jhering'sche Beweiserleichterung kommt nicht dem Besitzer als solchem, sondern nur demjenigen Besitzer zu Gute, in dessen Besitz wider seinen Willen eingegriffen worden ist — sie hat ihren Grund in dem gegen den Besitzer verübten Unrecht. Vgl. S. 93. 106. 110. 111. 113. 126. 131. 132. Jhering hat also, wie mir scheint, dem Besitzesschutz mehr einen andern Ausdruck, als einen neuen Grund gegeben. Für Jhering haben sich ausgesprochen: Hauser in seiner Schrift über die Stellvertretung im Besitze S. 7. 8. 13 fg. und Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht I S. 37 fg., Reuling Zeitschr. f. Handelsr. XIII S. 320 fg.; gegen ihn: Schmid a. a. O., Arndts 7. Aufl. §. 135 Anm. 2, Dernburg Preuß. Privatr. I §. 156, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 292—293 (2. Aufl. S. 356—357) und in seiner Schrift über „die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts" (Weimar 1874) S. 274 fg., Bekker Aktionen II S. 329. Bekker stimmt jedoch Jhering zu in der Opposition gegen die Willenstheorie; seine eigene Ansicht über den Grund des Besitzesschutzes im römischen Recht geht dahin, daß dieser Grund sich der Beobachtung entziehe. Bruns andererseits hält zwar entschieden an der Willenstheorie fest, sieht aber, mit Aufgabe seiner früheren Ansicht, den Grund des Besitzesschutzes nicht mehr in der gegen den Willen verübten Gewalt, sondern darin, daß derselbe stets durch sich selbst berechtigt sei, sofern er nicht gegen fremdes Recht auftrete, und daher bis zum Beweise des fremden Rechtes anerkannt werden müsse. Bruns hat sich nicht ganz vorsichtig ausgedrückt, und muß,

Grund gelangt ist, der muß ihn dem früheren Besitzer zurückerstatten[7].

2. Der bezeichnete Besitz führt unter gewissen Voraussetzungen, im Allgemeinen wenn er redlich und gerechtfertigt ist, durch seine Fortsetzung zum Eigenthum; seine Dauer verwandelt die Thatsache in Recht[8].

3. Unter anderen Voraussetzungen gewährt der bezeichnete Besitz Eigenthum sofort. Dieß ist dann der Fall, wenn die in Besitz genommene Sache eine herrenlose war, oder der bisherige Eigenthümer Eigenthum und Besitz an derselben zu dem Ende aufgegeben hat, damit der neue Erwerber sie habe[9].

Bei dieser weitaus überwiegenden Wichtigkeit der rechtlichen Folgen, welche an den mit dem Aneignungswillen verbundenen Besitz geknüpft sind, ist es erklärlich, daß dieser Besitz in der Rechtssprache Besitz schlechthin genannt wird[10]. Zur Unter-

---

wenn Jemand ihn beim Worte nehmen will, des Einwands gewärtig sein, daß aus seiner Theorie, wie aus der Jhering's, die Zulässigkeit petitorischer Einreden folge. Läßt man das, wie billig, bei Seite, so scheint es mir, daß seine Ansicht sich (in ihrem Resultate), von der hier aufgestellten wenig oder gar nicht unterscheidet: die Thatsache des realisirten Aneignungswillens soll nicht durch die Thatsache überwunden werden, sondern nur durch das Recht. Bruns weist mit Energie den Delictsstandpunkt zurück. Hierauf ist zu bemerken, daß der Ausschluß der petitorischen Vertheidigung sich ohne die Annahme eines in der Besitzstörung liegenden formalen Unrechts nicht erklären läßt. Was darüber hinausgeht, gehört dem Condictionenprincip an.

[7] Das Nähere in §. 161.

[8] Durch Fortsetzung des Besitzes wird die Sache er-sessen, usu-capitur. — Die Publicianische Klage setzt nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus (§. 199).

[9] Savigny (S. 12 [33. 34]), welchem die Meisten folgen, will den Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition unter den Wirkungen des Besitzes nicht mit aufgezählt wissen, weil der Grund des Eigenthums hier nicht „der Besitz als eigener, dauernder Zustand" sei. Das ist gewiß richtig; aber deßwegen ist es doch nicht weniger der Besitz, welcher Eigenthum wirkt, freilich in Verbindung mit Anderem — aber das ist auch bei der Ersitzung der Fall. Ohne alle weitere Voraussetzung ist nur die zuerst genannte rechtliche Wirkung des Besitzes (zwar nicht das Recht auf Wiederaufhebung der gemachten Störung, denn dieses setzt eben die Störung voraus, aber doch das Recht auf Nichtstörung; dieß gegen Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 252 fg.), und so ist sie es vorzugsweise, welche den Besitz rechtlich charakterisirt.

scheidung beider Arten des Besitzes, des Besitzes mit und des Besitzes ohne Aneignungswillen, dienen die Ausdrücke: juristischer und natürlicher Besitz. Der natürliche Besitz heißt auch Innehabung, Detention.

Der Ausdruck Besitz hat aber noch einen anderen, noch juristischeren Sinn. Es kommt nämlich vor, daß obgleich in einem gegebenen Fall das thatsächliche Haben oder der Aneignungswille nicht vorhanden ist, das Recht die an den juristischen Besitz angeknüpften Vortheile dennoch gewährt. Dann wird im juristischen Sprachgebrauche nicht gesagt, es seien die Besitzesvortheile ohne den Besitz vorhanden, sondern geradezu, es sei Besitz vorhanden. Man hat also dann einen juristischen Besitz, welcher kein wirklicher Besitz ist. In gleicher Weise wird, wenn, wie das ebenfalls vorkommt, in einem gegebenen Fall die Besitzesvortheile nicht gewährt werden, obgleich juristischer Besitz in dem vorher angegebenen Sinn vorhanden ist, nicht gesagt, es sei zwar Besitz vorhanden, aber ohne Besitzesvortheile, sondern geradezu, es sei kein Besitz vorhanden. Man hat alsodann einen Besitz, der in dem einen Sinn ein juristischer Besitz ist, in dem andern Sinne nicht[11].[12]

---

[10] L. 18 pr. D. h. t.: — „nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomina possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium“.

[11] Diese rechtliche Beimischung des Begriffs des Besitzes wird in den Quellen sehr bestimmt anerkannt. Wenn es auf der einen Seite heißt, der Besitz sei eine „res facti“, „plurimum facti habet“, und daraus die Unanwendbarkeit von Bestimmungen hergeleitet wird, welche bloß das Rechtliche zum Gegenstand haben (l. 1 §. 3. 4 D. h. t., l. 19 D. ex quib. caus. mai. 4. 6), so wird auf der andern Seite gesagt: „non tantum corporis sed et iuris est“, „plurimum ex iure mutuatur“, und es wird damit umgekehrt die Anwendbarkeit solcher Bestimmungen gerechtfertigt (l. 49 pr. §. 1 D. h. t.). Daß auch l. 10 C. h. t. hierher zu beziehen sei, ist wenig wahrscheinlich. Vgl. Savigny S. 154. 210 (141. 193), Böcking §. 126 Note 1. — Es kann auch vorkommen, daß bei nicht vorhandenem Besitze die Besitzesvortheile nur theilweise gewährt, daß sie bei vorhandenem nur theilweise abgesprochen werden. Dann wird gesagt, der Besitz sei in dieser oder jener Beziehung vorhanden oder nicht vorhanden. Vgl. l. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3.

[12] Ueber die Ausdrucksweise der Quellen bemerke man Folgendes. 1) Das thatsächliche Haben ohne den Aneignungswillen wird naturalis possessio genannt; andere Ausdrücke dafür sind: esse in possessione, tenere, naturaliter

## §. 149.

Als Elemente des Begriffs des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die thatsächliche Gewalt über die Sache;

---

tenere. L. 3 §. 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 3 §. 15 l. 4 D. ad exh. 10. 4 l. 2 §. 1 D. pro her. 41. 5, l. 10 §. 1 l. 49 pr. D. h. t., l. 9 D. de R. V. 6. 1. Im Gegensatz hierzu heißt das thatsächliche Haben mit dem Aneignungswillen civilis possessio oder possessio schlechthin; s. die citirten Stellen. Wird es aber als solches vom Rechte nicht anerkannt, so wird auch possessio oder civilis possessio geleugnet, und das Verhältniß wieder als naturalis possessio, naturaliter tenere, corporaliter tenere bezeichnet. L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 38 §. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, l. 24. 49 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5. Umgekehrt, wenn ein solches Verhältniß vom Rechte angenommen wird, ohne daß es wirklich vorhanden ist, so wird gesagt, es sei possessio vorhanden; der Ausdruck civilis possessio kommt hier (zufälliger Weise) nicht vor. L. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3. 2) Die Ausdrücke civilis und naturalis possessio werden aber auch zur Bezeichnung eines andern Gegensatzes gebraucht, nämlich zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes; in diesem Sinne wird dem beschenkten Ehegatten civilis possessio abgesprochen und nur naturalis possessio zugesprochen. L. 1 §. 9. 10 D. de vi 43. 16, l. 26 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 2 i. f. D. pro don. 41. 6. 3) Die Grundlage dieses zwiefachen Sinnes der Ausdrücke naturalis und civilis possessio ist die gleiche; sie bezeichnen in beiden Fällen den Gegensatz zwischen dem Besitz nach der natürlichen und dem Besitz nach der juristischen Auffassung, nur daß dieser Gegensatz in beiden Fällen in einer verschiedenen Wendung auftritt, das eine Mal auf die juristische Anerkennung, das andere Mal auf die juristische Billigung bezogen ist; hier kommt nur die erstere Auffassung in Betracht. 4) Die Ausdrücke naturalis und civilis bezeichnen den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, zwischen dem, was nach der natürlichen, und dem, was nach der juristischen Auffassung das ist, was das Wort bedeutet, nicht bloß an dieser Stelle: vgl. z. B. naturales liberi, naturalis — civilis cognatio (I §. 56a), naturalis — civilis obligatio (II §. 287), naturalis — civilis solutio (l. 107 D. de solut. 46. 3), „bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est" (l. 49 pr. D. de V. S. 50. 16), probrum natura — civiliter turpe (l. 42 D. eod.), civilis computatio (I §. 103 Note 6), naturale pignus (l. 2 C. de postl. 8. 51), naturalis interruptio (l. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. das „usurpare ex iure civili" bei Cic. de orat. III. 28), „naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur" (l. 4 D. de rel. 11. 7 ), naturale dominium der Ehefrau an der Dos (II §. 496 Note 3), „factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem" (l. 41 D. de pec. 15. 1). 5) Es ist aber festzuhalten, daß der Gegensatz zwischem dem Natürlichen und dem Juristischen nicht noth-

2) der Wille, die Sache für sich zu haben, der Aneignungswille. Diese Elemente müssen noch näher bestimmt werden.

Unter thatsächlicher Gewalt über die Sache ist zu verstehen die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, wobei aber sogleich hier zu bemerken ist, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache auch durch Vermittelung eines

---

wendigerweise ein fester ist, daß je nach der Verschiedenheit des angelegten Maßstabes von einem und demselben Ding des Prädicat des Natürlichen und des Juristischen sehr wohl gelten kann und nicht gelten kann. So ist das Haben mit dem Aneignungswillen Besitz nach der juristischen Auffassung gegenüber dem Haben ohne diesen Willen, welches letztere Haben nur von der natürlichen Auffassung Besitz genannt wird; wird aber in einem gegebenen Fall das Haben mit dem Aneignungswillen als solches vom Recht nicht anerkannt, wie z. B. das Haben des Rechtsunfähigen, das Haben eines Theils im Ganzen, welcher für das Recht keine selbständige Existenz hat, so ist es auch wieder kein Haben für die juristische, sondern nur für die natürliche Auffassung. Der Pfandgläubiger ist bloß Besitzer nach der natürlichen Auffassung, insofern er nicht den Willen hat, für sich zu haben (l. 3 §. 15 l. 5 pr. D. ad exh. 10. 4), Besitzer nach der juristischen Auffassung insofern er geschützt wird wie derjenige, welcher mit diesem Willen besitzt (l. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3); es ist nur Zufall, daß der Pfandgläubiger nicht auch civilis possessor genannt wird, wo dann die scheinbare Verwirrung noch größer sein würde. Hinzufügen läßt sich noch eine nach dieser Seite nicht beachtete Stelle, l. 3 §. 13 D. h. t.; hier wird das Besitzen mit unmittelbarer körperlicher Berührung naturalis possessio genannt gegenüber dem sub custodia habere; die Meinung ist, daß es doch schon eine juristischere Auffassung sei, wenn auch das Letztere possessio genannt werde. — Die hier vorgetragene Ansicht über den Sinn von civilis und naturalis possessio ist nicht die herrschende. Als herrschende kann immer noch die von Savigny (Besitz §. 7) entwickelte angesehen werden, obgleich in der neueren Zeit gewichtige Gegner gegen dieselbe aufgetreten sind. Nach Savigny bezeichnet civilis possessio den mit den Ersitzungserfordernissen ausgestatteten Besitz, naturalis possessio aber: 1) den mit diesen Erfordernissen nicht ausgestatteten, 2) den durch Interdicte nicht geschützten Besitz; civiliter non possidere soll ebenfalls einen doppelten Sinn haben, sowohl bezeichnen, daß kein Ersitzungsbesitz, als daß aus juristischen Gründen kein Besitz stattfinde. Von Anderen ist dieser Savigny'schen Meinung gegenüber eine ältere vertheidigt worden, wonach civilis possessio einfach den gegen Eigenmacht geschützten, naturalis possessie den gegen Eigenmacht nicht geschützten Besitz bezeichnet. Ueber die Unhaltbarkeit der einen und der anderen Auffassung s. namentlich Vangerow I §. 199 Anm., vgl. auch Bruns §. 7, Brinz §. 29. Diese Schriftsteller (vgl. auch Arndts §. 136 Anm. 2 in der 5. Aufl.) vertheidigen nach dem Vorgange von Bur-

Andern gehabt werden kann[1]. Eben so ist unter dem Aneignungswillen der Wille zu verstehen, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, thatsächlich in der Gewalt hat oder sich aneignen will, ist juristischer Besitzer nicht[2]. Dagegen thut es dem juristischen Besitz keinen Eintrag, daß die thatsächliche Gewalt oder der Aneignungswille in einer einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, fehlt[3]; die Beziehungen, welche übrig bleiben, werden von der thatsächlichen Gewalt und dem Aneignungswillen immerhin nicht als diese einzelnen ergriffen, sondern als Stücke der Gesammtheit[4]. — Da unter den Rechten das Eigenthumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche thatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen

---

chardi Arch. f. civ. Pr. XX. 3 eine mittlere Meinung, welche im Wesentlichen mit der hier entwickelten übereinstimmt. Vgl. außerdem noch Savigny §. 10 und S. LI—LXVII [158—170], Bruns S. 106 fg. 253 fg. 369 fg. 388, Kierulff S. 343 fg., Pfeiffer was ist und gilt im römischen Recht der Besitz? (1840) S. 4 fg., Sintenis I §. 42 Noten 23 und 24, Rudorff Anhang Nr. 20—28. 40.

§. 149. [1] Wenn Jemand die Kräfte, durch welche er eine Sache thatsächlich beherrscht, mir in der Weise zur Verfügung stellt, daß für dieselben mein Wille entscheidend sein soll, so habe ich die thatsächliche Gewalt über die Sache in der nämlichen Weise, als wenn ich die Sache mit meinen eigenen Kräften beherrschte. L. 18 pr. D. h. t.: „possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium". Das Nähere in der Lehre vom Erwerbe des Besitzes.

[2] Juristischer Besitzer ist also z. B. nicht der Nießbraucher, obgleich derselbe, was den Gebrauch und Genuß der Sache angeht, die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur hat, sondern auch für sich haben will.

[3] So wenig wie der Nießbraucher selbst juristischer Besitzer ist, so wenig schließt er den Besitz des Eigenthümers aus, obgleich er in wesentlichen Beziehungen die thatsächliche Gewalt über die Sache nicht für diesen, sondern für sich haben will, und wenngleich der Eigenthümer diesen seinen Willen anerkennt.

[4] Aus demselben Grund wird das Eigenthum durch ein an der Sache stattfindendes partielles Recht nicht ausgeschlossen. S. das im Texte unmittelbar Folgende.

auch bezeichnen als diejenige thatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigenthümer haben darf[5].

Daß es Fälle gibt, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der hier bezeichneten Art nicht ist[6], thut

---

[5] Der Besitz ist das thatsächliche Abbild des Eigenthums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigenthum ausmacht, macht, indem er sich thatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus. Deßwegen darf man aber den Besitz nicht, wie man gethan hat, die Ausübung des Eigenthums nennen; die Ausübung des Eigenthums ist er gewiß nicht, weil das Eigenthum noch in ganz anderer Weise ausgeübt werden kann, als durch Besitz, z. B. durch Zerstörung der Sache. Ob man den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nennen darf, hängt davon ab, was man sich unter Ausübung eines Rechts denkt. Versteht man darunter die thatsächliche Geltendmachung des das Recht charakterisirenden Willensinhaltes, so ist der Besitz gewiß eine Ausübung des Eigenthums; versteht man darunter die Geltendmachung jenes Willensinhaltes als eines rechtlich anerkannten (§. 121), so ist er es ebenso gewiß nicht. Der Dieb z. B., der doch unzweifelhaft juristischen Besitz hat, will ebensowenig Eigenthümer (Eigenthumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigenthümer zu sein. Was die Auffassung der Quellen angeht, so nennen dieselben zwar den Besitz eine Ausübung des Eigenthums nicht: es ist jedoch zu bemerken, daß sie den Rechtsbesitz (§. 151) als Ausübung des Rechts allerdings bezeichnen (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. de itinere 43. 19). S. darüber §. 163 Note 6 Num. 3, und vgl. auch §. 152 Note 21 a. E. — Gewöhnlich wird der zum juristischen Besitz erforderliche Wille nicht, wie hier geschehen ist, als Wille, wie ihn der Eigenthümer haben darf, sondern als Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, bezeichnet. Genau ist das nicht, da das Eigenthumsrecht, wie jedes andere Recht, von dem realen Wollen unabhängig ist. Es ist auch nicht ungefährlich, da dadurch der zuvor bezeichnete Irrthum nahe gelegt wird, als müsse der Besitzer, wenn sich auch kein Recht zuschreiben, doch wie der Eigenthümer ein Recht in Anspruch nehmen. Die Quellen sprechen sich über die Natur des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens nicht näher aus, sie sagen einfach: der Wille (animus, affectus) müsse auf juristischen Besitz (possidere) gerichtet sein. Nach Vorgang des in griechischen Quellen (Theoph. II §. 4. III. 29 §. 2, Basil. 50. 2. 7, Harmen. 2. 1 §. 4) vorkommenden Ausdrucks ψυχῇ δεσπόζοντος sagt man heutzutage: animus domini. Diejenigen, welche nicht zugeben, daß der Besitzeswille als Wille, Eigenthum auszuüben, gefaßt werden dürfe, übersetzen den griechischen Ausdruck mit animus dominantis oder animus dominandi. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der hier gebrauchte Ausdruck Aneignungswillen. Vgl. Bruns S. 469. 474.

[6] Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenzufassen. Ihre vollständige Aufzählung gehört in die Lehre vom

nach dem im §. 148 Bemerkten der Richtigkeit der aufgestellten Begriffsbestimmung keinen Eintrag; es sind dieß Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist[7].

## §. 150.

Nach dem bisher Ausgeführten ist es kaum nöthig, die viel besprochene Frage ausdrücklich zu beantworten, ob der Besitz ein Recht sei, oder nicht. Der Besitz ist so wenig ein Recht, daß er gar nicht definirt werden kann, ohne daß er als Thatsache

---

Erwerbe des Besitzes; als Beispiele mögen einstweilen dienen der Besitz des Pfandgläubigers und desjenigen, welcher eine Sache precario empfangen hat.

[7] Indem man die anomale Natur dieser Fälle verkannte, hat man sich Mühe gegeben, entweder den zum juristischen Besitz erforderlichen Willen in einer Weise zu bestimmen, daß derselbe sich auch in diesen Fällen als vorhanden ergebe (Guyet Abhandlungen Nr. 6 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 16, Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XIII. 9, Kierulff S. 353 fg., Pfeifer in der in §. 148 Note 12 a. E. angeführten Schrift S. 63 fg., G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium S. 21 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 4, Böcking I S. 449—450, Lenz S. 101—116, Dernburg Pfandrecht II S. 62 fg.), oder nachzuweisen, daß in diesen Fällen der animus domini gar nicht fehle (v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 7, vgl. Bartels das. VI. 4). Diese Versuche sind aber sämmtlich mißlungen (vgl. Savigny S. 145—150 [134—137] und Rudorff Anhang Nr. 39. 86). Das Richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung (aus verschiedenen Gründen, vgl. §. 154) ein Besitzesvortheil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß; wird dieß nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz vorhanden, so heißt das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden ist. In anderer Weise hat Savigny §. 9 die Sache zu vermitteln gesucht; indem er hier unter possessio Besitzesrecht versteht, nimmt er eine Uebertragung des dem Verpfänder rc. eigentlich zustehenden Besitzesrechts auf den körperlichen Inhaber an; woher auch der Ausdruck abgeleiteter Besitz. Dieser Auffassung, welche auch jetzt noch als die herrschende bezeichnet werden kann (dafür namentlich Puchta §. 125, Bruns §. 2, Vangerow §. 200 Anm. 1, Arndts §. 135, Brinz S. 64—66 [dieser letztere aber mit der Modification, daß er eine eigentliche Succession in den Besitz annimmt, was Savigny leugnet], Rudorff a. a. O. Nr. 89 — dawider außer den oben Genannten Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII S. 9—11, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 7. 12 und System §. 42 Note 13, vgl. Savigny S. 144. 150 [133. 138]), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Wie hier, jetzt auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 294 [2. Aufl. S. 358]).

dem Rechte entgegengesetzt wird[1]. Aber er ist ein Rechtsverhältniß, und dieß in einem doppelten Sinn. Einmal deßwegen, weil

---

[1] Daß der Besitz kein Recht sei, hätte nie bestritten werden sollen. Indem der Begriff Besitz gedacht wird, wird eine Thatsache gedacht, die Thatsache der Verwirklichung des Aneignungswillens; dieß ist deßwegen nicht weniger wahr, weil mit dieser Thatsache ein Recht des Besitzes unmittelbar verbunden ist. Der in diesem Rechte von der Rechtsordnung als maßgebend gesetzte Willensinhalt ist nicht gerichtet auf Beherrschung der Sache, wie das der Fall sein müßte, wenn der Besitz ein Recht sein sollte, sondern auf Unterlassung von Eigenmacht. Wenn nichtsdestoweniger Gans und die ihm Folgenden (§. 148 Note 6) den Besitz für ein Recht erklärten, und zwar näher für „anfangendes Eigenthum", so lag dem die Hegel'sche Idee von der Relativität alles Rechts zu Grunde; der Sache gegenüber, war die Meinung, sei die Beherrschung als solche Recht, aber sie weiche der von dem allgemeinen Willen anerkannten Beherrschung, dem Eigenthume, wie dieses dem Vertrage weiche u. s. w. Neuerdings hat nun Lenz in dem oben angeführten Werke den Satz aufgestellt, der Besitz sei nicht bloß überhaupt ein Recht, sondern das „einzige Recht auf die Sache". Die Argumentation des Verfassers ist: Wollen ist Recht, denn „das wollende Ich, als sich verwirklichender Geist, kann seiner Natur nach nur das wollen was vernünftig ist" (S. 30). Sollte Jemand das leugnen, und zum Ueberfluß sich darauf berufen, daß der Verf. selbst die Möglichkeit eines unrechtmäßigen Wollens zugebe (indem er zwischen dem „Begriffsmäßigen" und dem Wirklichen unterscheidet, S. 31. 37), so würde er sich von dem Verf. sagen lassen müssen, daß gegen diesen „Standpunkt" „ein wirklicher Kampf eine wahre Unmöglichkeit" sei (S. 32). Es wird bei dieser Unmöglichkeit sein Bewenden behalten müssen. — Huschke (kr. Jahrb. f. deutsche RW. V S. 303) lehrt: der Besitz sei kein „eigentliches Recht", noch viel weniger aber „reines Factum", sondern er entlehne so viel vom Rechte, „als er in seiner Sphäre, mithin ohne selbst a potiori ein Recht zu werden, tragen kann".—In der jüngsten Zeit ist der Charakter des Rechts für den Besitz wieder mit Lebhaftigkeit in Anspruch genommen worden von Ihering Geist des röm. Rechts III S. 39 fg., auf Grund seiner eigenthümlichen (oben §. 37 Note 2 bezeichneten) Auffassung des Begriffs des (subjectiven) Rechts. Ihering erklärt den Besitz für ein Recht (und zwar für ein Recht an der Sache), weil er ein rechtlich geschütztes Interesse sei. Es ist schon oben bemerkt worden, daß, wenn man auch das Moment des Interesse in den Begriff des Rechts aufnehmen will, doch das Recht nicht rechtlich geschütztes Interesse ist — Interesse ist die Thatsache der Werthschätzung —, sondern daß man ein Recht dadurch hat, daß die Rechtsordnung das Bestehen des Werthgeschätzten gebietet. Und das Recht gebietet nicht das Bestehen des Besitzes, sondern daß in den Bestand des Besitzes in gewisser Weise nicht eingegriffen werde. — Ueber Savigny's Satz, daß der Besitz Recht und Factum zugleich sei, s. die folgende Note. — Dafür, das der Besitz ein Recht sei, neuerdings Goud-

§. 150.

an ihn wichtige rechtliche Folgen angeknüpft sind; sodann deßwegen, weil er aus juristischen Gründen als vorhanden oder nicht vorhanden in Widerspruch mit der Wirklichkeit angenommen wird[2]. Nur indem man, wie das zwar ungenau ist, aber allerdings von den Quellen geschieht, die an den Besitz angeknüpften rechtlichen Vortheile als ein für sich bestehendes Recht auffaßt[3], gelangt man zu einem Besitzesrecht (welches natürlich mit dem Rechte zu besitzen nichts gemein hat); aber immer noch nicht zu einem Rechte, welches der Besitz ist[4]. —

Die Stelle des Besitzes im Systeme des Rechts bestimmt sich dadurch, daß er ein Rechtsverhältniß zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniß zur Sache; deßwegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt[5].

---

smit Büchel's über die Natur des Besitzes, übersetzt von Suter (Utrecht 1868), ohne neue Gründe. — Bruns (in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 293 [357] hat den ganzen Streit einen unfruchtbaren genannt. Dem kann man insofern beistimmen, als es sich bei demselben nicht sowohl um das Wesen des Besitzes, als um den Begriff des Rechtes handelt.

[2] Diese beiden Punkte hat Savigny im Auge, wenn er lehrt (§. 5), der Besitz sei Recht und Factum zugleich. Aber eine Thatsache wird doch dadurch nicht zum Rechte, daß sie rechtliche Folgen hat. Was den zweiten Punkt angeht, s. Note 4 a. E. Vgl. auch Randa §. 3 Anm. 7.

[3] Von einem ius possessionis in diesem Sinne ist die Rede in l. 44 pr. D. h. t., l. 2 §. 38 D. ne quid in loco publ. 43. 8, l. 5 §. 1 D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6. In der zweiten Stelle wird der Ausdruck auf den natürlichen Besitz angewendet (vv. vel conductionis). In l. 10 C. h. t. ist ius possessionis = ius possidendi, auch wohl in l. 5 C. de lib. causa 7. 16.

[4] Der einzige Weg, um wenigstens für einen bestimmten Fall zu einem Rechte, welches der Besitz ist, zu gelangen, ist der, daß man da, wo das Recht Besitz anerkennt, ohne daß er wirklich vorhanden ist, unter Besitz nicht ein vom Rechte als vorhanden angenommenes Verhältniß, sondern geradezu die Besitzesvortheile versteht. Thut man dieß — was nahe liegt, aber in den Quellen keinen Anhalt hat — so hat man einen Besitz, welcher das Recht ist, Schutz gegen Eigenmacht zu verlangen. (Bei Ersitzung, Tradition und Occupation besteht der Besitzesvortheil nicht in einem Rechte, sondern in der Möglichkeit eines Rechtserwerbes.) Vgl. Hauser Zeitschr. f. Reichs- und Landesr. I S. 39 fg.

[5] Glaubt man das System streng nach den Rechten durchführen zu müssen, ohne daß den Rechtsverhältnissen Einfluß auf dasselbe gestattet werden dürfte, so bleibt nichts übrig, als, da die Rechte, zu welchen der Besitz führt, verschiedenen Lehren angehören, von demselben im allgemeinen Theil zu handeln, wie das auch Manche (vgl. namentlich Böcking I S. 448) thun. Puchta,

## B. Rechtsbesitz.

### §. 151.

Wenn vorher der Satz aufgestellt worden ist, daß zum juristischen Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen und der Wille, sich die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen anzueignen, erforderlich sei, so hat damit nicht gesagt sein sollen, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache in einer einzelnen Beziehung, verbunden mit dem Willen, sich die Sache in dieser Beziehung anzueignen (sich diese Beziehung der Sache anzueigenen), ohne rechtliche Bedeutung sei. Vielmehr kann ein solches Verhältniß sehr wohl die gleiche rechtliche Bedeutung haben, wie der Besitz der Sache, und hat sie sogar regelmäßig, so daß es also gegen eigenmächtige Störung geschützt wird, und unter gewissen Voraussetzungen die Grundlage für den Erwerb des Rechts bildet. Ja selbst der Ausdruck Besitz ist auf dieses Verhältniß erstreckt worden; nur spricht man in diesem Falle nicht von einem Besitz der Sache und nicht von einem eigentlichen Besitz, sondern von einem uneigentlichen und Rechtsbesitz[1].

Was vorher über die rechtliche Natur des Sachbesitzes bemerkt worden ist, gilt auch für den Rechtsbesitz. In der That sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines

---

indem er bloß auf den Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht Rücksicht nimmt, stellt ihn unter seine „Rechte an der eigenen Person" (vgl. §. 39 Note 1, §. 148 Note 6). Aber es ist in der That nicht abzusehen, wie, um mit Puchta zu reden, das Recht, den eigenen Willen als freien, d. h. eben als durch Eigenmacht nicht zu verletzenden, wollen zu dürfen, ein Recht an der eigenen Person genannt werden kann: in diesem Recht wird keine Macht über die eigene Person, sondern eine Macht über fremde Personen gewährt. Vgl. noch Randa §. 8 Anm. 17.

[1] Die Quellen sagen: quasi possessio, iuris possessio, iuris quasi possessio. Pr. I. de interd. 4. 15 (Gai. IV. 139), l. 10 pr. D. si serv. 8. 5, l. 2 §. 3 D. de prec. 43. 26, l. 2 D. comm. serv. 8. 4, l. 7 D. de itin. 43. 19, l. 23 §. 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6. In anderen Stellen wird die Möglichkeit einer possessio an unkörperlichen Sachen ganz geleugnet, l. 8 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3, l. 1 §. 8 D. quod leg. 43. 3, l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2. §. 151.

und desselben höheren Begriffes: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache[2]. Für den Lehrvortrag empfiehlt es sich aber aus Zweckmäßigkeitsgründen, diesen höheren Begriff der Darstellung nicht zu Grunde zu legen, sondern von beiden Arten des Besitzes getrennt zu handeln[3]. Demgemäß beziehen sich die folgenden §§. 152—162 nur auf den Sachbesitz, von dem Rechtsbesitz handeln die §§. 163 und 164. Der Sachbesitz als eigentlicher Besitz wird Besitz schlechthin genannt werden[4].

## II. Möglichkeit des Besitzes[*].

### §. 152.

Der Besitz ist nicht für alle Personen möglich; er ist nicht an allen Gegenständen möglich; es ist nicht ein mehrfacher Besitz an einer und derselben Sache möglich.

1. Der Besitz ist nicht möglich für solche Personen, welche

---

[2] Vgl. namentlich Bruns S. 475—479. Savigny §. 12, Randa §. 2. Die Beschränkung, in welcher der Rechtsbesitz die Sache erfaßt, wird durch die Bezugnahme auf das entsprechende Recht bezeichnet, weil eine andere gleich kurze Bezeichnung sich nicht darbietet. Dieselbe Auffassung auf den Sachbesitz erstreckt würde denselben als Eigenthumsbesitz erscheinen lassen; aber bei dem Sachbesitz ist die Bezugnahme auf das Recht deßwegen nicht nöthig, weil der Ausdruck „eine Sache" besitzen von selbst auf die unbeschränkte Herrschaft über die Sache geht.

[3] Die Darstellung würde durch die Zusammenfassung beider Arten des Besitzes schwerfällig werden und an Verständlichkeit einbüßen. Es kommt hinzu, daß der Rechtsbesitz entschieden eine spätere Bildung des römischen Rechts ist, gleichsam nur als Anhang zu dem Sachbesitz hinzugefügt worden ist.

[4] Man kann noch weiter gehn und fragen, ob nicht auch der thatsächlichen Realisirung eines Willens, welcher irgend einen andern Inhalt hat, als die Beherrschung einer Sache, eine entsprechende rechtliche Bedeutung zukomme? Auch diese Frage ist, zwar nicht vom römischen, aber doch vom heutigen Rechte, jedenfalls theilweise bejaht worden, und es ist sogar der Ausdruck Besitz auch auf diese Fälle erstreckt worden. Da aber in ihnen der Besitz nicht mehr ein Verhältniß zur Sache ist, so kann von ihnen an dieser Stelle nicht gehandelt werden. S. II §. 464.

[*] Vgl. Ihering in der bei 148 Note * cit. Schrift S. 143 fg. der zweiten Auflage. Jahrb. f. Dogm. IX S. 122 fg.

der Vermögensfähigkeit entbehren; wenn sie auch wirkliche Besitzer sein können, so werden sie doch vom Rechte als Besitzer nicht anerkannt[1]. Dagegen ist der Besitz nicht unmöglich für solche Personen, welche der physischen Willensfähigkeit entbehren, wie Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen; wenn sie auch nicht wirkliche Besitzer sein können, werden sie doch vom Rechte als Besitzer anerkannt[2].

2. Der Besitz ist nicht möglich aus natürlichen Gründen an unkörperlichen Gegenständen[3], aus juristischen an Sachen, welche dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen sind[4], und an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind;

---

[1] L. 49 §. 1 D. h. t. „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est". L. 24. 30 §. 3 eod., l. 93 D. de R. I. 50. 17. Ihering a. a. O. benutzt auch diesen Satz, wie den im Folgenden zu Note 4 genannten, zur Bewahrheitung seiner Theorie über den Grund des Besitzesschutzes. Aber der Schluß: weil nicht geschützt wird der Besitzeswille, welcher kein rechtlich anerkannter sein kann, so wird derjenige Besitzeswille, welcher geschützt wird, deßwegen geschützt, weil er ein rechtlich anerkannter sein kann, ist kein nothwendiger Schluß. — Von den Gewaltverhältnissen des römischen Rechts haben wir heutzutage nur noch die väterliche Gewalt, und diese ist nicht mehr Grund der Vermögensunfähigkeit, sondern bloß, und zwar in beschränktem Maße, der Erwerbunfähigkeit, in Betreff des Erwerbes nämlich, welcher aus dem Vermögen des Vaters gemacht wird, §. 1 I. pr. per quas pers. 2. 9. Dagegen kommt im heutigen Recht auch für den Besitz die Vermögensunfähigkeit der Klosterpersonen (§. 55 Note 9) in Betracht. §. 152.

[2] Erworben werden freilich kann ihnen der Besitz nur durch einen Stellvertreter. L. 1 §. 22 l. 2 D. h. t., l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 eod., l. 26 C. de don. 8. 54, l. 1 §. 20 D. h. t. Was Kinder speciell angeht, s. noch §. 155 Note 13, was juristische Personen, Brinz S. 1080 fg. und in diesem Lehrbuche III §. 531 Note 10. Personen, welche der nöthigen körperlichen Kräfte entbehren, können auch wirkliche Besitzer sein, indem ihnen nämlich Andere ihre Kräfte dienstbar machen.

[3] L. 3 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. In der s. g. iuris quasi possessio ist der Gegenstand des Habens und Habenwollens doch die körperliche Sache (§. 151). — Ein unkörperlicher Gegenstand ist auch die Sachgesammtheit; daher ist auch an ihr kein Besitz möglich, l. 30 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Man kann fragen: warum hat das römische Recht nicht auch hier juristischen Besitz anerkannt? Es wird sich nur sagen lassen, daß das römische Recht in der Lehre vom Besitze die natürliche Basis ganz nie verlassen hat, und ein Princip in der Grenzbestimmung sich nicht erkennen läßt.

[4] L. 30 §. 1 D. h. t. Vgl. Rudorff Anhang Nr. 36.

diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, keine selbständige Existenz[5]. Jedoch ist diese juristische Betrachtung gerade in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt worden: die Ersitzung einer Sache soll dadurch nicht unterbrochen werden, daß der Besitzer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm besessenen Sache macht[6].

---

[5] L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4: — „si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum . . . . quamvis tunc civiliter non possideas". L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. „Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus constant, universitas aedium intellegi non poterit". L. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 30 pr. D. h. t. Vgl. §. 138 Note 5. Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 61 Note 4. Seuff. Arch. XXI. 99.

[6] L. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3. „Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum". Die aufgestellte Ansicht ist im Wesentlichen die von Savigny S. 303 fg. LXVII fg. [264—275] entwickelte, von Windscheid in Sell's Jahrb. I. 12 (1841), Madai Arch. f. civ. Pr. XXV. 10 (1842), Binding das. XXVII. 9. 15 (1844), Vangerow §. 204 Anm. 2 vertheidigte. Abweichende Absichten sind: 1) der aufgestellte Satz sei nur wahr für den Fall, wo eine Sache zum Bestandtheil einer beweglichen Sache gemacht werde; werde eine Sache aber mit einer unbeweglichen verbunden, so werde der Besitz verloren, und nur aus Billigkeitsrücksichten werde Fortdauer der Ersitzung angenommen, wenn zur Vollendung derselben nicht mehr fehle als 10 Tage (Thibaut Arch. f. civ. Pr. VII. 3 [1824]). 2) Der aufgestellte Satz sei auch für den Fall der Verbindung mit beweglichen Sachen nicht wahr: auch in diesem Fall werde der Besitz der verbundenen Sache verloren, und es gelte nur für die Ersitzung die Ausnahme der 10 Tage (Pape [Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. S. 211 fg. [1847]). 3) Der aufgestellte Satz sei weder wahr, noch werde ausnahmsweise gegen denselben eine Ersitzung zugelassen; wenn die genannte Stelle Fortdauer der Ersitzung anerkenne, so thue sie das nur deßwegen, weil sie annehme, die Verbindung sei von der Art, daß die verbundene Sache ihre Selbständigkeit nicht verliere (Kierulff S. 375—377 [theilweise], Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 373 fg. [1848], Böcking I §. 124 Note 15. 16, Brinz S. 181, Schirmer zu Unterholzner I S. 159 Note**, Lenz S. 139 fg., Rudorff Anhang Nr. 81, Randa §. 22). 4) Bei beweglichen Sachen werde immer der Theil im Ganzen besessen, nicht bloß

Theile eines Grundstücks können als solche besessen werden, da sie in der That selbständige Sachen sind[7]; dagegen ist bei beweglichen Sachen Besitz an unabgetheilten Theilen (im Gegensatz von Bestandtheilen) nicht anerkannt[8]. Endlich können auch s. g. intellectuelle Theile, Antheile (§. 142), den Gegenstand des Besitzes bilden; es wird aber dabei erfordert, daß der Besitzeswille auf einen bestimmten Anheil gerichtet sei[9].

3. An einer und derselben Sache ist nur ein Besitz möglich; dieß folgt unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes als der thatsächlichen Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen[10]. Es kann aber der eine Besitz, welchen die Sache verträgt, mehreren Personen zustehen[11], dieselben haben dann, entsprechend ihrem Besitzeswillen, die Besitzesvortheile zusammen[12]

---

wenn derselbe früher Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen, sondern auch wenn sogleich das Ganze als solches in Besitz genommen worden sei; bei unbeweglichen Sachen dagegen werde nie der Theil im Ganzen besessen, auch wenn er vor der Verbindung Gegenstand eines besonderen Besitzes gewesen sei (Unterholzner Verjährungslehre I §. 49. 50, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX. 4 [1837] und System I S. 449—452). Vgl. auch Bechmann Eigenthumserwerb durch Accession S. 61 Note 4. Seuff. Arch. XVII. 207.

[7] L. 26. 43 pr. D. h. t. Vgl. §. 142 Note 1.

[8] L. 8 D. de R. V. 6. 1. Vgl. §. 142 Note 4.

[9] L. 26 D. h. t., l. 3 §. 2 eod., l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Das Erforderniß des bestimmten Theils zu beschränken auf den Besitz als Grundlage des Rechtserwerbs (Tradition, Usucapion), so daß der Schutz gegen Dritte auch bei Unbestimmtheit des Theils nicht ausgeschlossen wäre? Rudorff Anhang Nr. 78, Büff Arch. f. prakt. RW. N. F. III S. 116—117. Vgl. auch Note 12.

[10] L. 3 §. 5 D. h. t.: — „plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris .... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris". L. 5 §. 15 D. commod. 13. 6.

[11] Die Neueren bezeichnen dieses Verhältniß als compossessio.

[12] Der Inhalt ihres Besitzeswillens ist der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Daß dabei jeder einen bestimmten Antheil für sich haben wolle, ist nicht nothwendig. Dieß letztere könnte nur deßwegen bezweifelt werden, weil da, wo Einer nicht mit einem Andern zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Antheils haben will,

Nur ein scheinbarer Widerspruch gegen den aufgestellten Satz ist es, wenn die verschiedenen Besitzesvortheile zwei verschiedenen Personen zugeschrieben, und in Folge davon beide als Besitzer anerkannt werden[13].

die Richtung des Willens auf einen bestimmten Antheil allerdings erforderlich ist (Note 9). Aber das erklärt sich daraus, daß es ohne diese Richtung in der That dem Besitzeswillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfaßt, an einem solchen Mangel nicht leidet. Dieß ist der Sinn von l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3. „Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit". Indem die zuvor bezeichnete Consequenz eine mera subtilitas genannt wird, wird sie zurückgewiesen (vgl. l. 51 i. f. D. ad leg. Aquil. 9. 2). Dieser Erklärung wird zwar von Böcking (I §. 124 Note 11*) vorgeworfen, daß sie „gegen die Gesetze der Grammatik" sei, weil das „mera subtilitate" nicht zu „Labeo scribit" gehöre; aber gewiß mit Unrecht. Der Sinn ist: Labeo sagt, daß nach mera subtilitas Niemand besitze. Böcking selbst erklärt so: Labeo sagt, daß mera subtilitate, d. h. „ohne Bewußtsein von dem Gegenstande, der Begrenztheit des Objectes des Besitzes, in abstracter Vorstellung, ἀορίστως" Niemand besitzen „könne". Aber von einem Nichtbesitzenkönnen spricht Labeo eben nicht; er sagt, daß die von ihm genannten Personen mera subtilitate nicht besitzen. Heißt also mera subitilitate „in abstracter Vorstellung", so sagt Labeo, daß keiner der Genannten „in abstracter Vorstellung", also jeder mit der Richtung des Willens auf einen bestimmten Besitzestheil, besitze. Rudorff zu Puchta's Vorlesungen I S. 484 Note 1 und Anhang Nr. 79 erklärt mera subtilitate im Rechtssinn, juristisch. Auch Randa §. 17 Note 17 sieht in der mera subtilitas keine Mißbilligung; Labeo wolle aber nur den Besitz (die Interdicte) des Genossen gegen den Genossen, nicht den Gesammtbesitz der Genossen Dritten gegenüber leugnen. — Ueber das Verhältniß der Mitbesitzer zu einander s. noch Büff Arch. f. prakt. RW. III S. 113 fg. Derselbe bestreitet, daß den Mitbesitzern gegen einander Besitzesschutz überhaupt (auch bei certa pars) gewährt werde — gewiß mit Unrecht. Jeder Besitzer verletzt den Besitz des Andern, wenn er einseitig seinen Willen für die Sache geltend macht. S. l. 3 §. 1 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 §. 7 l. 3 §. 9 D. uti poss. 43. 16, l. 12 D. comm. div 10. 3. S. auch Hesse Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 116 fg. Von der l. 12 cit. gibt eine scharfsinnige, doch nicht unbedenkliche Erklärung H. Witte das interd. uti possidetis S. 108. Will man diese Erklärung nicht annehmen, so beweist die Stelle für die Auffassung des Mitbesitzes als Ausübung des Miteigenthums (§. 149 Note 5). Vgl. §. 169a Note 4, und in dieser Beziehung auch die citirte l. 3 §. 9 D. uti poss., übrigens auch Rudorff Anhang Nr. 134.

[13] So bei der Verpfändung (l. 1 §. 15 l. 36 D. h. t., l. 16 D. de usurp.

## III. Erwerb des Besitzes.

### §. 153.

Der Besitz wird dadurch erworben, daß die beiden Momente seines Begriffes, thatsächliche Gewalt und Aneignungswille, in einem gegebenen Fall zur concreten Wirklichkeit gelangen[1].

Die Erlangung der thatsächlichen Gewalt[2] über die Sache setzt nicht körperliche Berührung der Sache voraus[3]. Wer sich in Gegenwart der Sache befindet, hat, wenn ihn sonst nichts an der Möglichkeit hindert, nach Belieben auf sie einzuwirken[4], die

---

41. 3), beim Precarium (l. 3 §. 5 D. h. t., l. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26). Vgl. §. 148 Note 11. a. E. — Eine später verworfene Meinung des Trebatius nahm an, daß auch der mit Unrecht des Besitzes Beraubte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen Besitzer anerkannt werden müsse, l. 3 §. 5 D. h. t., l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17. Vgl. Savigny S. 183 (173) fg. (über l. 17 pr. D. h. t. das. S. 192 Note 3 [180 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Nr. 48), Kierulff S. 369 Note **, Keller S. 222—223, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII S. 250 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LV S. 315 fg.

[1] L. 3 §. 1 D. h. t.: — „apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore". L. 8 eod., l. 153 D. de R. I. 50. 17; Paul. sentent. V. 2 §. 1. §. 153.

[2] Savigny §. 14—18. Lenz S. 168—211. 262 fg. Randa §. 11. Ihering S. 136 fg. 168 fg. (160 fg. 194 fg.). Baron Jahrb. f. Dogm. VII. 3 (1866). Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 186 fg. (1867).

[3] Das war früher die herrschende Ansicht, eine Ansicht, welche ihren hauptsächlichen Grund darin hatte, daß man die Erlangung der thatsächlichen Gewalt als Ergreifung, Apprehension, bezeichnete. In den Fällen, in welchen nach Ausweis der Quellen körperliche Berührung nicht nöthig ist, sprach man dann von einer fingirten symbolischen Apprehension (Tradition). Gegen die bezeichnete Ansicht erklärt sich ausdrücklich l. 1 §. 21 D. h. t.: — „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu". Savigny §. 14, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 153 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 641 fg.

[4] Gewöhnlich setzt man hinzu: und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern (Savigny S. 2 [26]). Mir scheint das nicht richtig; es ist nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als alle Anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließt. S. auch Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 88 Note 7, und vgl. noch Fitting Zeitschr. f. HR. XVIII S. 340.

thatsächliche Gewalt über die Sache nicht minder, als wer sie in Händen hält oder mit Füßen betritt[5]. Auch die Gegenwart bei der Sache ist nicht erforderlich, wenn ein anderes Verhältniß derselben die Möglichkeit beliebiger Einwirkung sichert. So erstreckt sich namentlich die thatsächliche Gewalt über ein Gebäude oder einen sonstigen abgeschlossenen Raum auf die in dem Gebäude oder dem Raum befindlichen beweglichen Sachen[6]. Eine feste, alle denkbarren Fällen unmittelbar entscheidende Regel läßt sich hier nicht geben[7]; ergänzend muß das richterliche Ermessen eintreten[8].

---

[5] L. 79 D. de solut. 46. 3. „Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo te ponere iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat. Nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammado longa manu tradita existimanda est". L. 1 §. 21 D. h. t., l. 31 §. 1 D. de don. 39. 5. Seuff. Arch. XXII. 15. Unbewegliche Sachen: l. 18 §. 2 D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 77 D. de R. V. 6. 1. Seuff. Arch. XII. 5, XIII. 296.

[6] L. 18 §. 2 D. h. t. „Si venditorem quod emero deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit". L. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3.

[7] „Summam tamen hanc puto esse", sagt l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, nachdem sie eine Reihe von besonderen Entscheidungsmomenten in Betracht gezogen hat, „ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit" (was Besitzerwerb voraussetzt). — Besondere Entscheidungen der Quellen sind folgende. Ein Thier, welches, man verfolgt, besitzt man nicht schon, wenn man es verwundet hat, „quoniam multa accidere possunt, ut eam non capiamus", l. 5 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1; dagegen besitzt man das Thier, welches sich in einer von uns gelegten Schlinge gefangen hat, vorausgesetzt daß uns der Zutritt zu der Schlinge nicht versperrt ist, l. 55 D. eod. Ebenso besitzt man das Wild im Thierpark, die Fische im Fischteiche (Besitz an Park und Teich vorausgesetzt), l. 3 §. 14. 15 D. h. t. (vgl. Baron S. 68—79); aber man besitzt nicht den Bienenschwarm auf oder im Baum, und ebensowenig die von diesem Schwarm bereiteten Honigwaben, l. 5 §. 2. 3 D. de A. R. D. 41. 1, l. 26 pr. D. de furtis 47. 2 (vgl. übrigens Simmerthal Arch. f. civ. Pr. LV S. 129 fg.). Man besitzt ferner nicht die in dem von uns besessenen Grundstück vergrabene Sache, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. h. t., obgleich darüber bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestand, l. 3 §. 3 D. eod. Auch der Besitz des Schlüssels gibt nicht Besitz der verschlossenen Sachen (der Schlüssel kann uns abhanden kommen, die Sachen können mittelst eines andern Schlüssels weggenommen werden), l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, aus welcher Stelle zu erklären sind l. 9 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 21 D. h. t., wenn nicht auch hier ein Widerstreit der Meinungen vorliegt.

Hat die Sache bisher bereits einen Besitzer gehabt, so kann die thatsächliche Gewalt über dieselbe entweder mit oder ohne

Die gegentheilige Entscheidung bei Seuff. Arch. III. 5. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I §. 67 Note 2. Eine besondere, mit seiner allgemeinen Auffassung (s. unten) zusammenhängende Erklärung der genannten Stellen bei Baron a. a. O. S. 128 fg.

[8] Die herrschende Meinung definirt die zum Besitzerwerb nöthige thatsächliche Gewalt nach Savigny als: unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger (und ausschließlicher, vgl. Note 4) Einwirkung auf die Sache. Diese Formulirung ist in der neueren Zeit angegriffen worden, namentlich von Brinz, Baron, Jhering a. a. OO. Ueber und gegen die Ansicht von Lenz s. Baron S. 39—52, über und gegen die von Baron s. Randa §. 11 Note 11, Rudorff Anhang Nr. 11, Exner S. 109 fg. Am Weitesten hat sich von Savigny's Auffassung Jhering entfernt. Nach Jhering's Ansicht hat die Apprehension gar nicht die Bedeutung der Erlangung der thatsächlichen Gewalt, sondern die der Constatirung des Eigenthumswillens. Diese Constatirung, führt Jhering weiter aus, hat im Uebrigen dadurch zu geschehen, daß man die Sache in eine Lage bringt, wie sie der Eigenthümer zu haben pflegt, bei Grundstücken aber, welche frei und offen liegen, genügt Gegenwart der Parteien beim Grundstück, welche Gegenwart aber eben nur Form des Ausdruckes des Willens, nicht Mittel der Begründung der thatsächlichen Gewalt ist. Diese Ansicht hat auf den ersten Blick etwas Anmuthendes, ja Bestechendes, insofern sie durch Verweisung auf die Art und Weise des Eigenthümers einen festen Anhalt für die Entscheidung von Detailfragen zu gewähren scheint — obgleich doch auch in dieser Beziehung zu fragen wäre, warum von Art und Weise des Eigenthümers, und nicht allgemeiner von Art und Weise desjenigen, der sich eine Sache aneignen will, gesprochen werden soll: die Art und Weise desjenigen der sich eine Sache aneignen will, ohne Eigenthumsrecht sich zuzuschreiben oder in Anspruch zu nehmen, ist keine andere, als die des Eigenthumsberechtigten. Es scheitert aber Jhering's Ansicht nach meiner Meinung an dem besonderen Recht der frei und offen liegenden Grundstücke. Jhering hat weder nachgewiesen, warum die Constatirung des Eigenthumswillens bei diesen in anderer Weise zu erfolgen habe, als bei den übrigen Sachen (s. S. 176 [200]), noch, daß die Auffassung der Gegenwart beim Grundstück als eines Mittels zur Constatirung des Eigenthumswillens quellenmäßig ist. Im Uebrigen wird nicht bestritten werden dürfen, daß Jhering's Polemik gegen die Savigny'sche Formulirung manches Treffende enthält, und auch ich bin dadurch bestimmt worden, sie, die in der bisherigen Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehalten worden war, fallen zu lassen. Im Wesentlichen übereinstimmend Exner a. a. O. Eine neue Wendung der Savigny'schen Formulirung, welche sie aber, wie mir scheint, nicht sowohl verbessert als zurücknimmt, bei Goldschmidt Handelsr. I. 2 S. 1283. Wie Jhering Dernburg Preuß. Privatr. §. 152. 153 der sogar so weit geht, die Nothwendigkeit der Gegenwart beim

dessen Willen erlangt werden. Im ersten Falle spricht man von Uebergabe (Tradition)[9]; besondere Regeln gelten für diesen Fall des Besitzerwerbes nicht[10]. Dagegen gilt für den zweiten Fall

Grundstück zu leugnen (§. 153 Note 4). Indem Ihering selbst in dieser Beziehung mit einer Beweispräsumtion auf Grund von §. 12 I. de inut. stip. 3. 19 helfen will, beachtet er nicht, daß durch diese Präsumtion nur die Parteien gebunden werden.

[9] Die Quellen sagen sowohl tradere rem als tradere possessionem. Im engeren Sinne bezeichnet aber der Ausdruck tradere nur die unmittelbare Uebergabe von Hand zu Hand, und ist daher nur auf bewegliche Sachen anwendbar; specielle Ausdrücke für die Besitzübergabe bei Grundstücken sind: inducere in possessionem, mittere in possessionem. Zur Verstärkung wird zu possessio das Wort vacua hinzugefügt: tradere vacuam possessionem, mittere oder inducere in vacuam possessionem. Vgl. l. 36 D. de pactis 2. 14, l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1, l. 18 §. 2 l. 33. 34 pr. D. h. t., l. 5. 12 D. de vi 43. 16, l. 35 §. 1 D. de don. 39. 5. — Eine außerordentlich eigenthümliche Ansicht über „vacuae possessionis traditio“ hat in der neuesten Zeit Esmarch in seiner unter diesem Titel erschienenen Schrift (1873) aufgestellt. Nach dieser Ansicht soll unter vacuae possessionis traditio nicht körperliche Hingabe zu verstehen sein, sondern ein auf Ueberlassung des Besitzes gerichteter Vertrag, durch welchen der Besitz nicht als körperliches Haben, sondern als Vermögensding mit der Bedeutung auf den Nehmer übergehe, daß dieser das Recht erwerbe, den Nutzen und Ertrag der Sache seinem Vermögen einzurechnen und sich der Sache einseitig zu bemächtigen, so wie alle sonstigen an den Besitz sich anknüpfenden Vortheile, wie z. B. die Beklagtenrolle, Freiheit von Caution, auch dem Tradenten gegenüber den Interdictenschutz, erlange. Man darf behaupten, daß Esmarch diese weitgehenden Aufstellungen nicht bewiesen hat. — Tradere bezeichnet nicht nothwendig die Uebergabe zu juristischem Besitz. Vgl. z. B. l. 20 D. commod. 13. 6, l. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3, l. 31 D. loc. 19. 2.

[10] Die l. 1 C. de don. 8. 54 beantwortet nicht die Frage, ob Besitz erworben, sondern ob er mit Willen des bisherigen Besitzers erworben sei. Vgl. über diese Stelle Savigny S. 244—247 (220—221), Rudorff Anhang S. 562 und Nr. 63, Holzschuher II §. 106 Nr. 1a, Baron a. a. O. S. 62, Exner a. a. O S. 156, Ihering a. a. O. S. 206 der 2. Aufl., Dernburg Preuß. Privatr. I §. 152 Note 5, Goldschmidt Handelsr. I S. 639—640. — Der im Texte aufgestellte, im Uebrigen allgemein anerkannte Satz ist in der neueren Zeit von zwei Schriftstellern bestritten worden. 1) Brinz Jahrb. d. gem. R. III. 2 (1859) leugnet ihn für den Fall, wo die Tradition bloß auf Besitz gehe, nicht in und mit dem Besitz zugleich Eigenthum übertragen werde. Er behauptet, in dem bezeichneten Falle liege eine Succession in den Besitz vor. Besitz also werde nur insofern erworben, als der Uebertragende selbst besitze, und das Uebertragungsgeschäft gültig sei. Ueber den „inneren Grund“ dieser verschiedenen Behandlung beider Fälle ist

die positive Vorschrift, daß der Besitz an einem Grundstück durch heimliche Bemächtigung nicht erworben werden kann. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Verlust des Besitzes.

## §. 154.

Der Aneignungswille kann ausdrücklich erklärt werden, oder was das Gewöhnlichere ist, in anderen Handlungen hervortreten[1],

---

Brinz etwas kurz hinweggegangen (S. 55. 56); man darf behaupten, daß es ihm nicht gelungen ist, begreiflich zu machen, warum derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sei, sich auf die Tradition zu berufen, und sich demnach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen, warum er nicht einfach dabei stehen bleiben könne, daß er die Sache habe und haben wolle. Unter den von Brinz angeführten Quellenstellen ist diejenige, welche verhältnißmäßig noch am Meisten für ihn spricht, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1; aber auch diese will nicht sagen, daß, wer von einem Pupillen ohne Auctoritas des Tutor erwerbe, nicht Besitzer werde, sondern nur, daß er nicht durch die — rechtlich nicht anerkannte — Veräußerung des Pupillen Besitzer werde (vgl. Savigny S. 418 Note 3 [S. 355 Note 4]). Brinz bringt die von ihm aufgestellte Unterscheidung auch mit dem Sprachgebrauch der Quellen in Verbindung: tradere possessionem gehe auf die Uebergabe des bloßen Besitzes, werde aber allerdings auch für den Fall gebraucht, wo in dem Besitze das Eigenthum übertragen werde; dagegen komme der Ausdruck tradere rem für die Uebergabe des bloßen Besitzes nicht vor. Er kommt vor z. B. in l. 22 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 36 D. h. t., l. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Vgl. gegen Brinz auch H. Witte Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 237—249, Sintenis §. 44 Note 8, Vangerow I §. 202 Anm. (7. Aufl.), Randa §. 15, Rudorff Anh. Nr. 15. 2) Was Brinz von der possessionis traditio, lehrt Esmarch in der in der Note 9 bezeichneten Schrift von der „vacuae possessionis traditio". Wenn in Folge von vacuae possessionis traditio der Besitz wirklich ergriffen werde, so sei das nicht Occupation, sondern Ausübung des bereits erworbenen „Besitzes" (s. Note 9), also unwirksam, wenn durch das Uebertretungsgeschäft wegen eines juristischen Mangels „Besitz" nicht erworben worden sei. Ein Mehreres an Quellenmaterial, als von Brinz, ist in dieser Schrift nicht beigebracht. — Geht nach heutigem Handelsrecht der Besitz durch Uebergabe des Conossements oder andere Waarenpapiere über? Vgl. Thöl Handelsrecht I §. 80, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 176 fg.; Exner a. a. O S. 186 fg. und krit. VJSchr. XIII S. 313 fg.; Goldschmidt Handelsr. I §. 73 fg., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 86 fg. (vgl. §. 155 Note 6a). Seuff. Arch. I. 8. 396, II. 86, IV. 232, VI. 241, VII. 8. Besitzübertragung an Seeschiffen durch Uebergabe der Eigenthumspapiere? Vgl. Savigny 7. Aufl. S. 323 Note 1, Goldschmidt Handelsr. S. 639, Hauser a. a. O. S. 55fg.; Goldschmidt a. a. O. §. 79 Note 16, Exner krit. VJSchr. XIII S. 307 fg.

er kann sogleich bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt vorhanden sein, oder derselben erst nachfolgen[2].

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, ist zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz auch ohne diesen Willen anerkannt (s. g. abgeleiteter Besitz, §. 149 Note 6. 7):

1) beim Pfandgläubiger; jedoch behält der Verpfänder den Ersitzungsbesitz[3];

2) bei demjenigen, der eine Sache vergünstigungsweise, aber zum vollen Haben, empfangen hat[4], auch hier jedoch unbeschadet des beim Hingebenden zurückbleibenden Ersitzungsbesitzes[5];

---

§. 154. [1] Vgl. Seuff. Arch. XIII. 82, XVIII. 13. Liegt in der Zeichnung einer Sache der Ausdruck des Aneignungswillens? Möglicherweise ja, möglicherweise nein; l. 1 §. 2 l. 14 §. 1 D. de per. 18. 6. Savigny S. 351 (225), Randa §. 11 Note 19, Regelsberger Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 193, Goldschmidt Handelsr. I §. 68. Vgl. Seuff. Arch. III. 143.

[2] Die Quellen sprechen in diesem Falle davon, daß „solo animo acquiritur possessio", l. 3 §. 3 D. h. t., l. 9 §. 9 D. de R. C. 12. 1. Wird der Aneignungswille in Folge einer Gestattung desjenigen gefaßt, für welchen der Inhaber bisher die thatsächliche Gewalt ausübte, so nennt man das heutzutage brevi manu traditio (im Gegensatz zu der longa manu traditio der l. 79 D. de sol. 46. 3); die Quellen sagen: „res pro tradita est", l. 62 pr. D. de evict. 21. 2, l. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2. Vgl. l. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1.

[3] L. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3, l. 36 D. h. t., l. 15 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 35 §. 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 40 pr. D. h. t. Alle diese Stellen reden nur von dem Faustpfandgläubiger; für die Gleichstellung des (den natürlichen Besitz erlangenden) Hypothekargläubigers s. Sintenis Pfandr. S. 230 und prakt. Civilr. I §. 71 Anm. 16, Bruns S. 5. 6, Dernburg Pfandrecht II S. 53 fg., Rudorff Anhang Nr. 86 a. E., Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 364 fg.; dawider Savigny S 337 Note 3 [294 Note 3], Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 1. a. Der Grund, weßwegen dem Pfandgläuber der Besitzesschutz gegeben worden ist, ist ein rein historischer. Savigny S. 337 fg. (294 fg.).

[4] L. 4 §. 1 D. de prec. 43 26, l. 2 §. 3 l. 6 §. 2 eod., l. 10 §. 1 D. h. t. Ueber den muthmaßlichen Grund s. Note 7 z. A. Vgl. auch II §. 376 Note 2. Was Randa S. 275—279 über das Precarium sagt, kommt darauf hinaus, daß das Precarium Einräumung eines dinglichen Rechts (auf Widerruf) sei; jedenfalls für das römische Recht ist dieß entschieden unrichtig.

[5] So erklären sich am einfachsten l. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26, l. 3 §. 5 D. h. t. L. 13 §. 7 D. h. t. hat weder ursprünglich von der Ersitzung gehandelt, noch kann diese Stelle im Sinne der Justinianischen Compilation auf die Er-

3) beim Sequester, wenn es die Absicht der Parteien gewesen ist, daß auf ihn Besitz übergehen solle, was bei der Sequestration einer streitigen Sache ohne Weiteres anzunehmen ist[6].[7]

---

sitzung bezogen werden, da in den Ersitzungsbesitz des Einen der Besitz eines Andern nur dann eingerechnet werden kann, wenn dieser selbst Ersitzungsbesitz hatte, was bei dem Empfänger eines Precarium gewiß nicht der Fall ist. Vgl. § 181 Note 10. Doch nehmen Andere, und namentlich Savigny S. 196—199 (183—185), auf Grund dieser Stelle Aufhören auch des Ersitzungsbesitzes für den Geber an. Umgekehrt läßt v. d. Hagen (Ueber den nach l. 15 §. 4 D. de precario stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus. Hamm 1840), welchem Rudorff Anhang Nr. 48. 49 folgt, für den Geber auch den Interdictenbesitz fortdauern. Gegen Beides Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 3. c.

[6] Von diesem letzterem Falle handelt l. 17 §. 1 D. dep. 16. 3 (vgl. pr. eod.), während l. 39 D. h. t., welche den Nachweis der bezeichneten Absicht verlangt, von der Sequestration im Allgemeinen spricht. Andere bringen beide Stellen dadurch in Einklang, daß sie in der ersten zu den Worten „deposita est" als Subject nicht res sondern possessio beziehen; hiernach wäre der Beweis der bezeichneten Absicht unter allen Umständen erforderlich. So namentlich Savigny S. 347 (302), Bruns S. 7, Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 2 d. Dagegen Böcking §. 123 Note 18, Muther Sequestration und Arrest S. 226 fg. Der Letztere sucht die Vereinigung in einer besonderen Auslegung der l. 39 cit.; die Worte derselben „si hoc aperte fuerit approbatum" sollen von einem „allgemeinen Gewohnheitsrecht" verstanden werden müssen. Es leuchtet nicht ein, was durch diese gezwungene und nahezu unmögliche Auslegung gewonnen wird.

[7] Von den Meisten wird zu diesen Fällen noch der des Emphyteuta, von Vielen auch der des Superficiar hinzugefügt. Dafür spricht der große Umfang der diesen Personen zustehenden Rechte, wodurch deren Erscheinung ganz nahe an die Erscheinung des Eigenthums heranrückt, und daß wahrscheinlich nichts Anderes als die Aehnlichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung des Eigenthums der Grund ist, warum selbst das Verhältniß des Precaristen, dessen Wille doch weit hinter dem jener Personen zurückbleibt, als Besitz anerkannt wird. Aber ein Beweis ist das doch immer noch nicht — darf aus Einer Abweichung von der ratio iuris auf eine andere geschlossen werden? Und ein Beweis ist auch in dem, was man sonst angeführt hat, nicht enthalten. Man hat sich darauf berufen, daß der Emphyteuta und der Superficiar utilis *rei* vindicatio und utilis negatoria und confessoria actio haben — nach diesem Argument müßte auch der (nicht detinirende) Pfandgläubiger Besitz haben (l. 16 D. de serv. 8. 1, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1); darauf, daß der Emphyteuta die Früchte ohne Perception erwerbe, so wie auf die Vererblichkeit und

## Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter*.

### §. 155.

Der Besitz kann auch durch einen Anderen erworben werden[1].

1. Dieß ist zunächst so zu denken, daß durch den Anderen nur das Moment der thatsächlichen Gewalt beschafft wird. Ich

---

Veräußerlichkeit seines Rechts — soll darin ein anderes Argument liegen, als das zu Anfang erwähnte, so ist zu antworten, daß sein Recht bei aller Steigerung doch immer ein Recht an fremder Sache geblieben ist, er also nicht den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben; auf l. 15 §. 1 D. qui satisdare 2. 8 — aber die von der Pflicht zur Caution befreiende „possessio" dieser Stelle hat offenbar und anerkanntermaßen einen ganz besonderen Sinn, und in den Worten: „qui agrum vectigalem possidet" das possidere als Bezeichnung gerade juristischen Besitzes zu pressen, hier wo es auf juristischen oder nicht juristischen Besitz, Besitz oder Nichtbesitz, gar nicht ankommt, ist willkürlich; endlich neuerdings auf die Analogie des ager publicus — obgleich die Anwendnng der possessorischen Interdicte auf denselben doch keineswegs sicher ist — und auf die Analogie des ager provincialis; das letztere Argument ist nicht ohne Bedeutung, obgleich doch auch hier gefragt werden muß, ob nicht das Eigenthum des römischen Volkes am fundus provincialis in viel weiterem Sinne eine bloße theoretische Bedeutung gehabt habe, als das Eigenthum am gewöhnlichen fundus vectigalis. Für die Superficies ist ein Gegenbeweis in l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17 enthalten; man hat, um demselben zu entgehen, zu dem sehr unjuristischen Auskunftsmittel gegriffen, einen Besitz am Gebäude ohne den Grund und Boden anzunehmen. Vgl. für die hier nicht angenommene Ansicht Savigny S. 336. 319 (293. 281), Kierulff S. 360. 361, Bruns S. 8—10, Vangerow I §. 200 Anm. 1 Nr. 2. b. c, Böcking I §. 126 Note 6. 7 und Grundriß II §. 82 Note 1, Sintnis I §. 55 Anm. 10. §. 56 Anm. 12, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 251 Note 10, Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 109—120; dawider Savigny S. 331 fg. (298 fg.) (in Betreff der Superficies), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—233 und Anhang zu Sav. Nr. 85, Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 9 (1847) und Pand. §. 195 Anm. 3, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 1 (1860). XX S. 177 fg. (1863), Wächter das Superficiar- oder Platzrecht in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band 1868) S. 45 fg. (in Betreff der Superficies), Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) §. 11 fg. (ebenso).

* L. Hauser Stellvertretung im Besitze. Leipzig 1871. Darüber Exner krit. VJSchr. XIII. S. 305 fg. und Reuling Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 320 fg.

habe in meiner thatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein Anderer in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für mich zu haben[2]. Daher besitze ich, was ein Anderer mit dem bezeichneten Willen in seiner thatsächlichen Gewalt hat, vorausgesetzt daß ich des Willens bin, es für mich zu haben[3].

a. Wille des Inhabers der thatsächlichen Gewalt, die Sache für den Andern zu haben. Ohne diesen Willen wird der Andere nicht Besitzer[4]; daher kann durch eine willensunfähige Person für einen Andern Besitz nicht erworben werden[5]. Ob dieser Wille vorhanden ist oder nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche im einzelnen Fall beantwortet werden muß. Hervorzuheben ist: 1) daß, wer in Folge des Auftrags eines Andern die thatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, nicht nothwendigerweise den Willen zu haben braucht, die Sache für den Andern zu besitzen, sondern daß sein Willen auch darauf gerichtet sein kann, zunächst für sich Besitz zu erwerben, und erst hinterher den Andern zum Besitzer zu machen[6]; 2) daß, wer eine Sache mit dem Auftrage übernimmt,

---

[1] L. 53 l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, §. 5 I. per quas pers 2. 9. l. 1 C. eod. 4. 27, l. 8 C. h. t., Paul. sentent. V. 2 §. 2. §. 155.

[2] Er muß die Sache für mich haben wollen in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, was nicht voraussetzt, daß er sie in jeder einzelnen Beziehung für mich haben will (§. 149). So besitze ich durch den Nießbraucher nicht weniger, als durch den Pächter oder denjenigen, welcher die Sache in meinem Auftrag für mich in Besitz genommen hat.

[3] Paul. sentent. V. 2 §. 1. „Possessionem acquirimus (et) animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno". L. 3 §. 12 D. h. t.: — „animo nostro, corpore etiam alieno possidemus".

[4] L. 1 §. 20 D. h. t. „Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere". Dieß gilt selbst für den Sclaven, l. 1 §. 19 eod. Vgl. übrigens Mandry das gem. Familiengüterrecht I S. 79.

[5] L. 1 §. 9. 10 D. h. t.

[6] Durch diese Unterscheidung löst sich der scheinbare Widerspruch folgender Stellen: l. 13 pr. vgl. l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 42 §. 1 D. h. t. — l. 59 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 C. de his qui a non dom. 7. 10, l. 135 §. 2 D. de V. O. 45. 1. u. a. m. Vgl. Savigny S. 345 Note 1 (306 Note 3 a. E.), v. Scheurl Beiträge I S. 309. 310. 313 (Jahrb. f. Dogm. II S. 26 Note 5), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI

sie an einen Andern abzuliefern, im Zweifel nicht für diesen Andern besitzen will, sondern für den Auftraggeber[6a]. 3) Bei der Tradition ist entscheidend für die Willensrichtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, in dem Sinn, daß, wenn der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch einlegt, obgleich er sich über ihren Inhalt nicht im Irrthum befindet, er sich eben dadurch diesen Inhalt aneignet, und ein etwa bei ihm vorhandener gegentheiliger Wille, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommt[7].

---

236—249 (1854), Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 324—335 (1857), Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 40 fg. 90 fg. (1862). Im Besonderen über den Einkaufscommissionär s. Goldschmidt Handelsr. I S. 615 fg. und Seuff. Arch. V. 112. 258, XII. 122. Vgl. noch das. X. 134. VII. 7 (Frachtfuhrmann); II. 286, V. 56. 60. VIII. 76 IX. 128 (Spediteur); s. ferner die in Note 8 citirten Erkenntnisse. Goldschmidt Handelsr. I S. 617 fg. 758 fg.

[6a] Vgl. l. 2 §. 6 D. de donat. 39. 5, l. 8 C. de O. et. A. 4. 10. Anders, wenn die Sache im Auftrage desjenigen übernommen wird, an welchen sie abgeliefert werden soll, l. 65 pr. D. de A. R. D. 41. 1, l. 14 §. 17 D. de furt. 47. 2. Besondere Anwendung auf Frachtfuhrmann, Eisenbahn, Post, Schiffer, Spediteur: Goldschmidt Handelsr. I S. 617 fg. Seuff. Arch. II. 286, V. 60, VII. 7, VIII. 76, IX. 128, XV. 48. Eine Ausnahme nimmt Goldschmidt §. 73—76 für den Fall des Conossements an, ebenso für jeden andern Fall, wo die Uebergabe in dem Sinn geschieht, daß die Auslieferung des Gutes nur an den legitimirten Inhaber eines vom Uebernehmer ausgestellten Empfangscheines (Ladeschein und Lagerschein des HGB., aber nicht diese allein, s. S. 755 fg.) gegen Rückgabe desselben erfolgen solle; in diesem Fall gehe der Wille des Uebernehmers dahin, die Sache für denjenigen zu detiniren, welchem er zur Auslieferung verbunden sei. Im Wesentlichen übereinstimmend Hauser S. 86 fg. Beachtungswerthe Gründe dagegen bei Exner krit. VJSchr. XIII S. 314 fg. Hauser S. 62 fg. nimmt auch in dem Falle sofortigen Besitzerwerb durch den Addressaten an, wo das Gut an eine von ihm bezeichnete Person zur einstweiligen Aufbewahrung für ihn übergeben worden ist; vgl. hierzu Goldschmidt §. 66 Note 30—32, auch Exner krit. VJSchr. XIII S. 309 fg.

[7] Dieß gilt 1) für den Fall, wo dem Empfänger für einen Andern übergeben wird, und sein nicht geäußerter Wille darauf gerichtet ist, den Besitz für sich zu erwerben. Von diesem Falle ist zu verstehen l. 13 D. de don. 39. 5. Früher lehrte man auf Grund dieser Stelle, daß bei der Tradition der Wille des Tradenten in Betreff der Person des Besitzerwerbers schlechthin entscheidend sei. Es ist das Verdienst Bremer's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 249 fg., dieser Erklärung gegenüber die ältere des Donellus wieder zur Geltung gebracht zu haben, durch welche der Inhalt der Stelle mit anerkann-

— Der Wille, die Sache für einen Andern zu haben, braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein; er kann auch hinterher

---

ten Rechtsgrundsätzen ganz in Einklang tritt; s. auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 302, Scheurl das. II S. 26, Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 458 fg. XIV S. 167 fg., H. Witte das. XVIII S. 286 fg., Bremer das. XX S. 53 fg.; dawider mit ungenügenden Gründen Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 136 Note 39. Eine besondere Ansicht bei Hauser S. 19 fg. (es entscheide der Wille des Stellvertrers auch dann, wenn derselbe in seinen Handlungen einen äußerlichen vertretungswidrigen Ausdruck gefunden habe). Wenn die genannten Schriftsteller (theilweise) ferner behaupten, daß l. 37 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1 von dem umgekehrten Fall zu verstehen sei, wenn der Empfänger seinen gegentheiligen Willen beim Empfang an den Tag gelegt habe (in besonderer Weise auch hier Hauser S. 20), so ist dieß zwar viel weniger unzweifelhaft; es ist jedoch zuzugeben, daß, wenn die genannten Stellen einmal vereinigt werden sollen, diese Erklärung immer noch den Vorzug verdient vor der gewöhnlichen: nihil agetur, d. h. ex mente procuratoris, anders ex mente tradentis. Was Vangerow I § 205 hiergegen bemerkt, übersieht, daß l. 37 §. 6 cit. zunächst nicht vom Besitz- sondern vom Eigenthumserwerbe spricht. S. auch Arndts §. 140 Anm. 4. Andere nehmen einen Wiederspruch der Quellen an, s. Vangerow u. Exner a. a. OO. Jn l. 43 §. 1 D. de furtis 47. 2 tritt Besitzerwerb für den vom Tradenten Bezeichneten deßwegen nicht ein, weil dieser den Besitzeswillen nicht hat (der Empfänger ist „falsus procurator"). — Die hier aufgestellte Regel gilt aber 2) in gleicher Weise auch für den umgekehrten Fall, wo der Tradent dem Empfänger für sich (den Empfänger) zu übergeben erklärt, und dieser den nicht ausgesprochenen Willen hat, den Besitz für einen Andern zu erwerben. D. h. es wird auch in diesem Fall durch die Tradition Besitzer der vom Tradenten Bezeichnete, also der Empfänger, nicht der Andere; es kann freilich der Empfänger den Andern sofort zum Besitzer zu machen (durch constitutum possessorium, Note 8). A. M. Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 2 (1863), indem er den Traditionswillen dahin auslegt, daß derselbe die Person des Habensollenden unbestimmt lasse. M. A. ist dieß zwar möglich, aber nicht nothwendig; wer es in einem gegebenen Fall behauptet, wird es nachweisen müssen. So auch Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 319 fg., Pagenstecher Eigenthum II S. 204. 205, während Randa S. 203 fg., Arndts §. 145 Anm. 3, Dernburg preuß. Privatr. I §. 154 Note 2 sich für Bremer erklären. Vgl. auch Hauser S. 18, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 139 Note 46, Goldschmidt Handelsr. I S. 66 Note 7. S. noch Puchta de dominio rerum per procuratorem acquirendo (kl. civil. Schriften Nr. XXXII), Scheurl Beiträge I S. 208 fg. Ein Beweis für die hier vertheidigte Ansicht, wenn gleich kein durchaus enscheidender, liegt auch in l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1 (Gegenbemerkungen von Bremer S. 52. 53). Seuff. Arch. XV. 100. — 3) Jn gleicher Weise gilt endlich die aufgestellte

gefaßt werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich (oder für einen Dritten) hat besitzen wollen[8]. Jedoch erwirbt in diesem Fall der Andere den Besitz nur dann, wenn ein Rechtsgrund vorhanden ist, welcher den Inhaber zum einstweiligen Behalten der Detention befugt[8a].

---

Regel auch für den Fall, wo der Tradent für A zu übergeben erklärt und der Empfänger den nicht ausgesprochenen Willen hat, für B zu nehmen.

[8] L. 18 pr. D. h. t. Die Neueren haben für diesen Fall den Ausdruck constitutum possessorium erfunden. Savigny §. 27, Randa S. 201—203, Exner Rechtserwerb' durch Tradition S. 142 fg., Hauser S. 46 fg. I. P. Verloren het constitutum possessorium in het romeinsche recht. Utrecht 1867.

[8a] Es wird z. B. die Sache dem Inhaber vermiethet oder zu Nießbrauch bestellt. L. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28 l. 35 §. 5 C. de don. 8. 54. Oder er ist Vermögensverwalter für den Andern, oder socius omnium bonorum (l. 2 D. pro soc. 17. 2). Dagegen genügt nicht die Erklärung, daß hiermit der Besitz übertragen sei. L. 48 D. h. t. Es muß vorliegen, daß wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde; dieses Hin- und Hergeben kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben; aber es kann nicht das Hingeben durch Haben im Namen des Andern schlechthin ersetzt werden. Wäre es anders, so wäre der ganze Satz, daß Eigenthum nicht durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition übertragen werden kann (§. 171), illusorisch. Savigny polemisirt gegen die Meinung Aelterer, daß das constitutum possessorium etwas Besonderes, und daher auf die in den Quellen genannten speciellen Fälle zu beschränken sei. Wenn diese Meinung gegenwärtig von Niemand mehr getheilt, und es allgemein anerkannt wird, daß das constitutum auf Anwendung eines feststehenden Grundsatzes beruhe, so ist doch in der neueren Zeit das Bewußtsein erwacht, daß die schrankenlose Ausbeutung dieses Grundsatzes gefährlich und unzulässig sei. So namentlich Exner a. a. O. (s. auch krit. VJSchr. XIII S. 306 fg.), der auch die hier angenommene Fassung der Beschränkung aufgestellt hat. Verloren will in der Weise helfen, daß der Inhaber nur als Werkzeug für die Besitzergreifung des Besitzerwerbers benützt werden könne, woraus er z. B. folgert, daß auch ein Miethvertrag nicht hinreichend, sondern Ausübung des Miethrechts durch den Inhaber erforderlich sei. Goldschmidt Handelsr. I S. 610 verlangt eine vom Erwerber angenommene Erklärung des Veräußerers. Aus der Praxis: Seuff. Arch. VI. 253, XII. 122; X. 229, XIII. 296, XXIV. 211; VI. 310. — Besondere Fragen: 1) Liegt ein constitutum auch darin, daß das einstweilige Behalten precario eingeräumt wird? An und für sich gewiß; jedoch ist zuzusehen, ob in einem solchen Fall die Parteien wirklich Besitzübergang gewollt haben, auch ob nicht ein Scheingeschäft vorliegt. Vgl. Seuff Arch. XIX. 15, XXII. 58, XXV. 98, s. auch XIV. 90. 2) Liegt ein constitutum possessorium in der Versendung der ver-

b. Was den Besitzeswillen desjenigen angeht, für welchen der Inhaber die thatsächliche Gewalt haben will, so ist eine besonders häufige und wichtige Weise der Aeußerung dieses Willens die, daß Jemand den Auftrag ertheilt, eine Sache für ihn in Besitz zu nehmen. Dabei fragt es sich, welchen Grad der Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse. Es ist zu sagen, daß es für den Besitzerwerb des Auftraggebers weder erforderlich ist, daß der Auftrag auf eine bestimmte seinem Bewußtsein vorschwebende Sache, noch auch nur, daß er auf einen bestimmten Act der Inbesitznahme gerichtet sei. So genügt namentlich der Auftrag zur Verwaltung des gesammten Vermögens; durch jede Inbesitznahme, welche bei Ausführung desselben der Verwalter für den Geschäftsherrn vornimmt, wird der Letztere ohne Weiteres Besitzer[9]. Allerdings ist aber in den hier genann-

kauften Waare? Diese Frage bejaht Hauser S. 64 fg. für den Fall, wo vom Erfüllungsort oder von einem Zwischenort durch eine vom Käufer bezeichnete Person versendet wird. Ist das vorhin Gesagte richtig, so darf schon deßwegen hier ein constitutum nicht angenommen werden. Im Uebrigen vgl. Exner krit. VJSchr. XIII S. 311 fg., Goldschmidt Handelsr. I S. 630 fg.

[9] Die Quellen sagen: per procuratorem etiam ignoranti acquiritur possessio, §. 5 I. per quas pers. 2, 9, l. 49 §. 2 D. h. t., l. 1 C. eod., l. 47 D. de usurp. 41. 3. Aber freilich ist es bestritten, wie weit der Sinn dieses Satzes reicht. An und für sich ist ein Dreifaches möglich. 1) Dieser Satz will sagen, daß, wenn Jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speciell bezeichneten Sache gegeben habe, es nicht nöthig sei, daß er die Ausführung seines Auftrages erfahren habe; so (wie es scheint) Savigny S. 365 (315). 2) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch von der für ihn in Besitz genommenen Sache kein Bewußtsein zu haben brauche, wie in dem Fall, wo er dem Beauftragten eine mehr oder minder freie Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen hat; so Puchta im Rechtslex. II S. 61, Scheurl Beitr. I S. 217. 3) Er will sagen, daß der Auftraggeber auch davon kein Bewußtsein zu haben brauche, daß überhaupt für ihn etwas in Besitz genommen werde, wie eben derjenige, welcher einem Andern die Verwaltung seines ganzen Vermögens übertragen hat. So — im Widerspruch gegen fast alle Neuere — Bremer Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 7. (1854); gegen seine Ausführungen Schirmer das. XIV. 3 (1857), und gegen diesen wieder Bremer das. XVII. 8 (1860). Ich nehme keinen Anstand, mich für die Bremer'sche Ansicht zu erklären; so auch Arndts §. 140 Anm. 2, Sintenis I §. 44 Note 31, Randa S. 197. 198, Rudorff Anhang Nr. 93, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 133 Note 29, Goldschmidt Han-

ten Fällen der Vertreter Mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als derselbe sich durch den ertheilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat[10]. Das gleiche Verhältniß findet im Fall der Genehmigung einer durch einen nicht beauftragten Vertreter

belsr. I §. 66 Note 5, Hauser S. 16; anders Brinz S. 1603 fg. Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der procuratores (vgl. außer den oben genannten Stellen noch l. 13 pr. l. 20 §. 2 l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t.), und ursprünglich geht der Ausdruck procurator sogar nur auf den Generalbevollmächtigten (l. 1 §. 1 D. de proc. 3. 3, vgl. Pernice Labeo I S. 490 fg.). Paul. sentent. V. 2 §. 2 ist vom nicht beauftragten Geschäftsführer zu verstehen; ebenso verlangt l. 42 §. 1 D. h. t. nur für diesen die Genehmigung des Geschäftsherrn, und das Gleiche gilt für l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. (Darüber daß auch der nicht Beauftragte procurator genannt wird, s. Bremer XI S. 221 Note 3.) Will man die Bremer'sche Ansicht nicht annehmen, so muß man die Grenze nicht bei Nr. 3, sondern bei Nr. 2 machen. Zwischen Nr. 2 und Nr. 3 giebt es gar keine feste Grenze (Bremer XI S. 216. XVII S. 215), und was den Besitzeswillen angeht, so besteht zwischen dem Falle, wo ich Jemandem den Auftrag gebe, mir auf dem Pferdemarkte ein von ihm auszusuchendes Pferd zu kaufen, und dem Falle, wo ich ihm den Auftrag gebe, mir Alles zu kaufen, was er bei Verwaltung meines Vermögens für nöthig erachten werde, nicht der mindeste Unterschied; in keinem der beiden Fälle ist der Besitzeswille unvermittelt vorhanden, in beiden aber wirklich vorhanden durch die Vermittlung des Vertreters. S. auch die folgende Note. Uebereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht Seuff. Arch. II. 135, V. 106, X. 134, s. auch XXIII. 15; dawider III. 10, VIII. 231 (theilweise).

[10] Vgl. §. 73 Note 11. So erklärt sich l. 34 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle es heißt, daß ich bei eigenem Irrthum über die in Besitz genommene Sache durch meinen nicht irrenden Stellvertreter Besitz erwerben kann. So erklärt sich ferner, daß die Anerkennung des Erwerbes des Besitzes durch Stellvertreter auf utilitatis ratio und kaiserliche Constitutionen zurückgeführt wird (l. 1. 8 C. h. t., l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7, §. 5 I. per quas pers. 2. 9, vgl. l. 41 D. de usurp. 41. 3). Daß ich Besitz erwerben kann durch Jemanden, der mir bloß seine körperlichen Kräfte zur Disposition stellt, ist ein so selbstverständlicher Satz, daß es, um ihm Anerkennung zu verschaffen, nimmermehr der Geltendmachung von Zweckmäßigkeitsrücksichten und kaiserlicher Gesetzgebung bedurft hätte, wogegen es sich hier um eine Anwendung des vom römischen Recht principiell verworfenen Grundsatzes der Stellvertretung handelt. Andererseits liegt in den beiden hier bezeichneten rechtlichen Entscheidungen auch wieder ein neuer Beweis dafür, daß der Auftrag wirklich den

geschehenen Besitzergreifung statt, was die Zeit vor der Genehmigung angeht[10a].

2. Dieß leitet über zu denjenigen Fällen, in welchen der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen des Besitzerwerbers erworben wird. Diese Fälle sind: a) der Fall des Peculiarerwerbs[11]; b) der Fall, wo der Vertreter einer juristischen Person[12] für diese, oder der Vormund für den Bevormundeten[13] den Besitz erwirbt.

---

Besitzerwerb in dem im Text bezeichneten Umfang begründet. S. übrigens auch Brinz S. 1606.

[10a] Mit andern Worten: die Genehmigung der Besitzergreifung (l. 42 §. 1 D. h. t., Paul. sentent. V. 2 §. 2) hat, wie jede Genehmigung, rückwirkende Kraft. Sie kann rückwirkende Kraft haben in dem angegebenen Sinne und es muß ihr rückwirkende Kraft beigelegt werden nach der allgemeinen Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (§. 74 Note 6). Die Frage ist übrigens streitig. Gegen die rückwirkende Kraft: Savigny S. 365 Note 2 (S. 316 Note 1), Chambon Negotiorum Gestio S. 171 fg., Hauser S. 26 fg., Seuff. Arch. III. 10; für dieselbe Randa S. 200 Note 16, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 134, Goldschmidt Handelsr. I §. 66 Note 4, L. Seuffert Ratihabition S. 75.

[11] L. 1 §. 5 l. 3 §. 12 l. 24 l. 44 §. 1 D. h. t., l. 31 §. 3 l. 47 D. de usurp. 41. 3. Dieser Erwerb wird zwar in l. 1 §. 5 D. h. t. (vgl. l. 44 §. 1 eod.) auf die in der Concession des Peculiums liegende allgemeine Willenserklärung zurückgeführt, so daß er ganz auf gleicher Linie stehen würde, wie der Erwerb durch den Generalbevollmächtigten; aber daß dieß nicht der eigentliche Grund sein kann, geht daraus hervor, daß in dieser Weise auch willensunfähige Personen erwerben können, l. 1. §. 5 D. l. 32 §. 2 D. h. t. Der wahre Grund liegt in der eigenthümlichen Rechtsstellung des Peculiums, als eines Theils des Gesammtvermögens, welcher in der Person des factischen Inhabers selbständig geworden ist. Vgl. Mandry Begriff u. Wesen des Peculium (1869) S. 48—51.

[12] L. 1 §. 22 l. 2 D. h. t., in Verbindung mit l. 7. §. 3 D. ad exh. 10. 4. Vgl. Randa S. 188—194.

[13] L. 13 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t. Wie der Vormund wird im heutigen Recht auch der Testamentsexecutor zu behandeln sein, s. III §. 567 Note 7. — Besonderes gilt für Kinder. Der Satz, daß sie auch physisch willensunfähig sind, ist gerade in der Lehre vom Besitzerwerb nicht streng durchgeführt worden. In Folge davon ist anerkannt, daß sie nicht bloß durch den Vormund Besitz erwerben können, sondern auch in eigener Person mit Unterstützung des Vormunds (auctoritate tutoris), ja, wenn ihnen etwas geschenkt wird, selbst ohne Unterstützung des Vormundes, l. 32 §. 2 D. h. t., l. 3 C. h. t. Freilich ist die Interpretation dieser Stellen,

## IV. Verlust des Besitzes*.

### §. 156.

Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden Momente[1], auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird. Unter Aufhebung ist zu verstehen Verkehrung in's Gegentheil[2]. Das will sagen:

1) was das Moment der thatsächlichen Gewalt angeht, daß der Besitz nicht schon dadurch verloren wird, daß das zu seinem Erwerbe erforderliche körperliche Verhältniß zur Sache in einem

---

und namentlich, daß in der letzten von aller Unterstützung des Vormundes abgesehen werde, vielfach bestritten. S. Savigny §. 21, Puchta Rhein. Mus. V. 8 (kl. Schr. Nr. 19) und Vorlesungen I Beil. XI, Denzinger Arch. f. civ. Pr. XXXI. 7. 13, Vangerow I §. 204 Anm. 1, Lenz S. 158—168, Rudorff Anhang Nr. 77, Esmarch vacuae possessionis traditio S. 71 fg.

* Vgl. Ihering in der §. 148 Note * cit. Schrift S. 209 fg. Jahrb. f. Dogm. a. a. O. S. 181 fg.

§. 156. [1] L. 44 §. 2 D. h. t.: — „possessionem amitti vel animo vel etiam corpore". Wenn es in l. 153 D. de R. I. 50. 17 heißt: — „ut . . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur', nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)'", so soll damit nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern, daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des andern verloren werde. In diesem Sinne kommt das Wort uterque in unseren Quellen auch sonst vor, so in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3, l. 10 §. 13 D. de grad. 38. 10, l. 16 D. de leg. II° 31; in l. 8 §. 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61 ist es sogar geradezu = alteruter. Savigny §. 30. — Eine andere Erklärung geben Kierulff S. 390. 391 und nach ihm Lenz S. 212—220. Sie sagen: das Habenwollen ohne thatsächliche Realisirung dieses Willens ist kein wahres Wollen, das thatsächliche Haben ohne das entsprechende Wollen kein wahres Haben; so wird also mit dem einen der Besitzesmomente immer auch das andere aufgehoben. Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen. Aber man vergleiche z. B. l. 3 §. 1 D. h. t. (von demselben Verfasser, wie die hier zu erklärnden Stelle): — „apiscimur possessionem animo et corpore, *neque per se animo*, *aut per se corpore*". S. auch Rudorff Anhang Nr. 100. — Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 95 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 57 sieht in der Stelle eine falsche Normirung des Princips. Dagegen Rudorff Anhang Nr. 98.

[2] L. 153 D. de R. I. cit.: — „ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum* (est)".

gegebenen Augenblick nicht vorhanden ist[3], sondern erst dadurch, daß dessen Nichtvorhandensein zu einem festen Zustande wird[4]. Dieß wird bewirkt: a) durch eine eintretende Unmöglichkeit der Wiederherstellung, vorausgesetzt daß die Unmöglichkeit ihrer Natur

[3] So wird der Besitz eines Grundstücks nicht dadurch verloren, daß der Besitzer sich von dem Grundstück entfernt, auch nicht dadurch, daß er es vielleicht in längerer Zeit nicht wieder besucht, l. 3 §. 11 D. h. t., l. 1. §25 D. de vi 43. 16. Der Besitz einer beweglichen Sache wird nicht dadurch verloren, daß sie in die Erde vergraben wird, obgleich Vergrabensein der Sache zum Erwerbe des Besitzes nicht hinreicht (§. 153 Note 7), und nicht einmal dadurch, daß der Besitzer sich des Ortes, wo sie vergraben ist, augenblicklich nicht erinnert, l. 44 pr. D. h. t. Der Besitz an zahmen und gezähmten Thieren wird nicht dadurch verloren, daß sie den Ort des Gewahrsams verlassen, l. 3 §. 13. 16 l. 4 l. 5 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1.

[4] Dieß liegt nicht vor in den in der vorigen Note bezeichneten Fällen: es hindert den Besitzer nichts, zu dem Grundstück zurückzukehren; die vergrabene Sache kann er wieder ausgraben und eine augenblickliche Schwäche seines Gedächtnisses wird überwunden werden; die draußen sich befindenden Thiere werden wiederkehren (sie haben „revertendi consuetudinem"). — Muß man in Fällen dieser Art sagen, daß der Besitz fortdauere ohne thatsächliche Gewalt — also daß für die Fortdauer des Besitzes eine andere Regel gelte, als für den Erwerb desselben? So die bisherigen Auflagen dieses Lehrbuchs, und auch den Quellen ist diese Auffassung nicht fremd. Sie sagen in Fällen dieser Art, daß animo retinetur possessio (l. 3 §. 11 D. h. t., l. 44 §. 2 — l. 46 eod., l. 1 §. 25 D. de vi 43. 10, §. 5 I. de interd. 4. 15), und sie stellen die Regel auf, daß der Besitz fortdauere „quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus" (l. 3 §. 13 D. h. t.). Nichtsdestoweniger ist diese Auffassung kaum die zutreffende. Ein beliebig reproducirbares oder sich von selbst reproducirendes Verhältniß wird mit Recht dem gegenwärtigen gleichgestellt, und im Leben würde es nicht verstanden werden, wenn gesagt werden wollte, daß der Besitzer eines Ackers, der ihn Jahr aus Jahr ein bebaut und die Ernte von ihm zieht, die thatsächliche Gewalt über denselben zwar habe, wenn er sich in oder vor dem Acker, aber nicht, wenn er sich in seiner Behausung befinde. Vgl. auch Note 9. Savigny S. 383 (829) ist der Meinung, daß zwischen den Bedingungen des Erwerbes und der Fortdauer des Besitzes zwar kein Unterschied in Betreff des Wesens, aber doch in Betreff des Grades stattfinde; auch das scheint mir zu weit gegangen. Vgl. über diese Frage noch Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 100. 101 und Jahrb. f. Dogm. VII S. 56. 113 fg. 143 fg., Randa §. 21, Bruns Jahrb. d. gem. R. VI S. 38—46, Dernburg Preuß. Privatr. I §. 155 Note 3; über die Auffassung Jhering's s. Note 7. Lenz (S. 211. 212) sagt seiner Grundauffassung (§. 150 Note 1) gemäß: der Besitz muß, wie jedes Recht, fortdauern, bis specielle Aufhebungsgründe seine Beendigung herbeiführen.

nach dauernd ist[5] und daß sie nicht sofort nach ihrem Eintreten wieder beseitigt wird[6]; b) dadurch, daß der Besitzer aus andern Gründen die Wiederherstellung bleibend unterläßt[7]. Was die

---

[5] Ihrer Natur nach nicht dauernd ist z. B. die Unmöglichkeit, welche auf augenblicklicher Schwäche des Gedächtnisses beruht, oder darauf, daß das zahme Thier sich vom Haus entfernt hat (Note 4). Ihrer Natur nach dauernd ist namentlich die Unmöglichkeit, welche auf Verdrängung durch einen Andern beruht, l. 1 §. 45. 47. 24 D. de vi 43. 16, l. 33 §. 2 l. 4 §. 22 D. de usurp. 41. 3, l. 15 D. h. t Ferner: das Grundstück wird vom Wasser occupirt (im Gegensatz vorübergehender Ueberschwemmung), l. 3 §. 17 l. 30 §. 3 D. h. t.; die bewegliche Sache fällt in's Wasser, l. 13 pr. D. h. t.; ich verliere die bewegliche Sache (anders wenn ich sie innerhalb meines Gewahrsams verlege), l. 3 §. 13 l. 25 pr. D. h. t.; das gefangene Thier erlangt seine Freiheit wieder, das zahme verirrt sich, l. 3 §. 13. 14 D. h. t., l. 3 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. Specification l. 30 §. 4 h. t. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 184 fg. 329. — Der Verdrängung steht es natürlich gleich, wenn sich ein Anderer mit Willen des Besitzers der Sache bemächtigt, nur daß hier der Besitz nicht bloß corpore verloren wird. Durch Ueberantwortung der Sache an einen Andern zum Haben für mich verliere ich ebenso natürlich den Besitz nicht — es müßte denn der Andere sie in Unkenntniß des ihm an der Sache zustehenden Eigenthumsrechtes genommen haben. Diese — allerdings auffallende — Entscheidung steht in l. 21 l. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. auch l. 29 D. de pign. ad. 13. 7; als Grund wird angegeben, weil in diesem Fall das Ueberlussungsgeschäft nichtig sei. Unterholzner Verjährungslehre I §. 131 a. E. II §. 239 a. E; a. M. Arndts RLex. III S. 875 fg., Vangerow I §. 361 Nr. 1.

[6] Z. B. den Verdränger verdränge ich sofort meinerseits, l. 3 §. 9 l. 17 D. de vi 43. 16. Das mir entschlüpfte wilde Thier verfolge ich und fange es wieder ein, l. 5 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Die in's Wasser gefallene Sache wird sogleich wieder herausgezogen, l. 13 pr. D. h. t. („post tempus").

[7] L. 37 §. 1 D. de usurp. 41. 3. „Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacat, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit". Vgl. l. 11 C. unde vi 8. 4 (§. 160 Note 1). L. 3 §. 10 D. h. t.: der Besitz eines Sclaven, welcher frei zu sein behauptet, ist verloren „si diu in libertate moretur". L. 47 D. h. t. Vgl. auch §. 157 Note 5. Fragt man wo hier die Grenze ist, so wird man passend sagen dürfen: die Grenze ist da, wo der Besitzer anfängt sich zur Sache zu verhalten, wie Jemand, der die Sache wie eine eigene haben will, sich erfahrungsgemäß zur Sache nicht verhält. — Ihering S. 136 fg. 182 fg. (167 fg. 209 fg.) gründet auf die Art und Weise, wie der „Eigenthümer" sich der Sache zu bedienen pflegt, die ganze Lehre, wie vom Erwerb (§. 153 Note 8), so auch vom Verlust des

Unmöglichkeit der Wiederherstellung angeht, so gilt eine besondere Regel für Grundstücke: bei ihnen führt die Unmöglichkeit der Wiederherstellung, und namentlich die auf Verdrängung durch einen Andern beruhende, auch dann nicht Verlust des Besitzes herbei, wenn sie beseitigt wird sofort nachdem der Besitzer von dem Eintreten derselben Kenntniß erhalten hat[8].

---

Besitzes. Ich habe schon oben bemerkt, daß die Art und Weise desjenigen, der den Aneignungswillen hat, ohne Eigenthümer zu sein, keine andere ist, als die des Eigenthumsberechtigten. Aber auch auf die Art und Weise, wie der Aneignungswille sich im Leben zu bethätigen pflegt, kommt es da nicht an, wo eine dauernde Unmöglichkeit der Einwirkung auf die Sache eingetreten ist. Jhering weist die Kategorie der Unmöglichkeit aus der Lehre vom Verlust des Besitzes ganz aus, und so wird ihm der Verlust des Besitzes corpore im Grunde zu einem Verlust animo. Von der andern Seite soll auch hier bereitwillig anerkannt werden, daß die Polemik Jhering's gegen die herrschende (auch in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs festgehaltene) Lehre, welche ihrerseits das Gewicht ausschließlich auf die Unmöglichkeit legt (in l. 37 §. 1 D. cit. nimmt sie Verlust des Besitzes animo an, Savigny S. 424 [360], Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 40, vgl. übrigens auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401. 402 [wider diesen Rudorff Arch. Nrch. 113]), vieles Zutreffende enthält; der im Text unter b) gemachte Zusatz verdankt ihr seine Entstehung.

[8] Gelingt dem Besitzer der Beseitigungsversuch nicht, oder unterläßt er denselben ganz, so hat er erst jetzt seinen Besitz verloren, nicht sofort mit dem Eintreten der Unmöglichkeit. L. 3 §. 7. 8 l. 6 §. 1 l. 7 l. 18 §. 3 l. 25 §. 2 l. 46 D. h. t. Daß dieser Satz bei beweglichen Sachen nicht gilt, hebt ausdrücklich hervor l. 47 D. h. t. Als Grund dafür bezeichnet oder vermuthet („forsitan") diese Stelle die „omissa custodia"; also: läßt man bewegliche Sachen nicht aus der Hand, so braucht man nicht zu fürchten, daß ein Anderer sie sich aneigne, oder man wird es doch sogleich erfahren. Sollte dieß der wirkliche Grund sein? Wie kann dem Besitzer zum Schaden angerechnet werden, daß er mit der Sache umgeht, wie jeder auch sorgfältige Besitzer pflegt (in der Stelle ist speciell von Leihen und Inverwahrunggeben die Rede)? Eher ist daran zu denken, daß bei beweglichen Sachen die Inbesitznahme durch einen Andern hinter dem Rücken des Besitzers regelmäßig die Möglichkeit der Wiedergreifung ausschließen wird. Die Unverbringlichkeit der Grundstücke im Gegensatz zu beweglichen Sachen betonen auch Kierulff S. 399 Note * und Böcking I §. 125 Note 5, die aber zu weit gehen, wenn sie den für Grundstücke geltenden Satz selbstverständlich finden, obgleich er wohl nicht so „merkwürdig" ist, wie Savigny S. 408 (348) annimmt. Jhering S. 186 (213) sieht in dem Satz den Ausdruck der Regel: wenn der Besitzer den Ocupanten nicht vertreibe, verliere er den Besitz deßwegen,

2. Ebenso wird, was das Willensmoment angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß in einem gegebenen Augenblick der Wille, die Sache für sich zu haben, nicht vorhanden ist[9], sondern nur dadurch, daß der Besitzer den Willen faßt (und erklärt),

---

weil er im kritischen Moment nicht als Eigenthümer hervortrete (und daher nicht früher, bis die Veranlassung, als Eigenthümer hervorzutreten, zu seiner Kenntniß gelangt sei). — Uebrigens läßt dieser Satz eine Reihe von Fragen übrig. So namentlich: ist Gewalt gegen den Occupanten erlaubt? kann er auch durch das interdictum uti possidetis vertrieben werden? gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an welchen der Occupant die Detention weiter überträgt? wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird? hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens Dritten gegenüber den Interdictenschutz? oder ist wohl gar die Fortdauer des Besitzes des Abwesenden nur auf sein Verhältniß zum Occupanten zu beschränken? Vgl. darüber namentlich Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 255—269 und Bruns Besitzklagen S. 134—166, außerdem Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 46 fg., Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 89—107 (Jahrb. f. Dogm. VII S. 144—146), Rudorff Anhang Nr. 106 vgl. 110, Fitting Arch. f. civ. Pr. LV S. 815 fg., Hauser Stellvertretung im Besitz S. 35 fg.

[9] Daß hiermit nicht eine Verschiedenheit der Bedingungen für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes ausgesprochen ist (vgl. Note 4), liegt auf der Hand. Der Wille bekommt sein rechtliches Dasein durch die Aeußerung; aber sein rechtliches Dasein hängt nicht ab von einer fortdauernden Erneuerung der Willensaction.

[10] L. 17 §. 1 D. h. t.: — „possessio .. recedit, ut quisque constituit nolle possidere". L. 3 §. 6 l. 30 §. 4 eod. — Frage: ist der Besitz verloren, wenn er zu dem Ende aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe, und dieser ihn nicht erwirbt? Diese Frage wird verneint von Ulpian und Papinian (l. 34 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de vi 43. 16), bejaht von Celsus (l. 18 §. 1 D. h. t.). Die erste Meinung (ein gleicher Widerstreit der Meinungen §. 202 Note 5) ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen (Kierulff S. 393, Windscheid Voraussetzung S. 144—146, Scheurl Beiträge I S. 202—205, Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 18 Note 30, Bülow Proceßeinreden S. 68 Note 67), und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte (Scheurl a. a. O. S. 204). Umgekehrt meint Brinz S. 71, Celsus habe „nicht so nützlich, aber richtiger gedacht als Ulpian". Auch Lenz S. 230 fg. ist der Meinung, daß in der Tradition nicht ohne Weiteres die Bedingung des Besitzerwerbes durch den Andern liege. Ein Vereinigungsversuch bei Dernburg Preuß. Privatr. I §. 155 Note 10, ein anderer bei Esmarch vacuae possessionis traditio

die Sache nicht mehr für sich haben zu wollen[10]. Diese Willenserklärung setzt zu ihrer Gültigkeit Handlungsfähigkeit voraus, und daher können handlungsunfähige Personen den Besitz nur durch Aufhebung des Moments der thatsächlichen Herrschaft verlieren[11].

Durch den Tod des Besitzers hört zwar der Besitz auf[12], es dauert jedoch, wenn die vom Verstorbenen besessene Sache in der Erbschaft verbleibt, das Ersitzungsverhältniß fort[13].

## §. 157.

Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeführt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird: 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgibt; 2) dadurch, daß der Vertreter die thatsächliche Gewalt verliert[1], oder aufhört, dieselbe für den Vertretenen

---

(1878) S. 59 fg., eine besondere, mit seiner Gesammtauffassung zusammenhängende, Meinung bei Jhering S. 201 (2. Aufl.) Eine andere Frage ist, ob nicht in dem angegebenen Fall der Besitz corpore verloren ist. Vgl. Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 19 fg.

[11] L. 27. 29 D. h. t., l. 11 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. Vat. fr. §. 1. Diese Stellen erklären für ungültig nicht bloß die Willenserklärung des natürlich Willensunfähigen, sondern auch die des juristischen Handlungsfähigen (pupillus). In dem Letzteren liegt eine wirkliche Abweichung von der Consequenz aus dem Begriffe des Besitzes: aus Rechtsgründen wird die Rechtsposition des Besitzes aufrecht erhalten, obgleich die natürliche Thatsache des Besitzes nicht mehr vorhanden ist. Vgl. Randa S. 217 fg.

[12] Bei einem Gestorbenen kann weder von thatsächlicher Gewalt, noch von Aneignungswillen die Rede sein. L. 23 pr. l. 30 §. 5 D. h. t., l. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4.

[13] Und deßwegen kann die Ersitzung vollendet werden, ehe der Erbe durch Besitzergreifung den Besitz erlangt hat. S. §. 181 Note 9. Die Quellen geben diesem Satz aber nicht den Ausdruck, daß der Besitz fortdauere. Nichtsdestoweniger hat es in alter und neuer Zeit nicht an Juristen gefehlt, welche Fortdauer des Besitzes schlechthin angenommen haben; so namentlich Pfeiffer prakt. Ausführungen I Nr. 15, und neuestens Zroblowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilrecht S. 65 fg. Dawider Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII S. 77 fg. — Wird eine vom Verstorbenen besessene Sache der Erbschaft entzogen, so hilft die hereditatis petitio. Vgl. Jhering S. 71 (85 fg.), und III §. 612 Num. 1.

[1] Auf die Person des Vertretenen kommt es in dieser Beziehung nicht an. Daher ist bei Grundstücken nicht erforderlich, daß der Vertretene von §. 157.

haben zu wollen. Jedoch gelten von den unter Num. 2 aufgeführten Sätzen eine Reihe von positiven Ausnahmen[2]: der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters[3], nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben[3], nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt[4], vorausgesetzt daß der Besitzer den eingetretenen Zustand

---

der durch einen Andern erfolgten Occupation Kenntniß erhalten habe. L. 1 §. 22. 45 D. de vi 43. 16, l. 44 §. 2 h. t.

[2] Andere leugnen, daß die im Folgenden genannten Sätze Ausnahmen, sie glauben, daß dieselben Anwendungen der Regel seien. Wenn der Besitzer die thatsächliche Gewalt nicht mehr durch den Vertreter habe, so folge daraus nicht, daß er sie überhaupt nicht mehr habe; man bedürfe ja keines Vertreters im Besitze. So Kierulff S. 397, Randa S. 228 fg., Hauser Stellvertretung im Besitze S. 31 fg., Dernburg Preuß. Privatr. I §. 155 a. E. Hiergegen spricht das in Note 1 Bemerkte: daß der Besitz an Grundstücken durch die Occupation eines Dritten auch ohne Wissen des Vertretenen verloren wird. Also hat nach der Auffassung des römischen Rechts der Vertretene die thatsächliche Gewalt in der That nur durch den Vertreter; die thatsächliche Gewalt stellt sich dar in der Person des Vertreters, nicht des Vertretenen.

[3] L. 3 §. 8 l. 25 §. 1 l. 40 §. 1 D. h. t.

[4] So hat Justinian in l. 12 C. h. t. entschieden; bei den alten Juristen war dieß streitig, vgl. auf der einen Seite l. 31 D. de dolo 4. 3, l. 3 §. 8 l. 44 §. 2 D. h. t.; auf der andern l. 40 §. 1 l. 31 eod. — Wird in Folge der Besitzaufgabe des Vertreters die Sache von einem Andern in Besitz genommen, so ist nun freilich der Besitz verloren. Es fragt sich aber, ob auch in diesem Falle bei Grundstücken erforderlich ist, daß der Besitzer von der Occupation des Dritten Kenntniß erhalten habe? Diese Frage muß unbedingt für den Fall bejaht werden, wo die Occupation des Dritten erst nach einem Zwischenraum erfolgt; in diesem Falle wird das occupirte Grundstück so wenig durch einen Vertreter besessen, als wenn von Anfang an keine Vertretung stattgefunden hätte. Die Frage muß aber auch für den Fall bejaht werden, wo die Besitzaufgabe des Vertreters und die Inbesitznahme des Dritten in demselben Momente erfolgen, wo der Vertreter den Besitz zu dem Ende aufgibt, damit Jener ihn habe. Denn da der Vertreter in dem Augenblick aufhört, Vertreter fremden Besitzes zu sein, wo der Dritte den Besitz ergreift, so kann man nicht sagen, daß die Kunde von dieser Besitzergreifung an einen Vertreter des Besitzers gelangt sei (Note 1). Dafür spricht auch Sinn und Ausdruck der l. 12 C. h. t., vgl. namentlich die Worte: „nihil penitus domino praeiudicii generetur", und ein Gegenbeweis ist auch in l. 44 §. 2 D. h. t. nicht enthalten (s. Note 1). Dieser Punkt ist übrigens sehr bestritten. Vgl. einerseits Savigny S. 441 fg. (372 fg.), Kierulff S. 398, Arndts §. 143 Anm., Keller S. 235, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 43, Fitting Zeitschr. f. HR. XVIII S. 337 fg.; andererseits Vangerow I §. 209 Anm., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII

nicht fest werden läßt[5]. Durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen Dritten haben zu wollen, wird der Besitz verloren; jedoch kann natürlich dieser Entschluß rechtlich nicht in Betracht kommen, wenn er nicht geäußert worden ist[6].

---

S. 269—277. 283—285, Bruns Besitzklagen S. 112 fg. Bruns beruft sich auf die citirte l. 44 §. 2 h. t., die er, m. E. willkürlich, von einer Occupation nach Aufgeben des Besitzes durch den Vertreter versteht. Jhering S. 94 (114) fg. nimmt für den Fall der Veruntreuung des Besitzes durch den Stellvertreter Verlust des Besitzes, aber interdictum unde vi an. Aber ist es wohl denkbar, daß der Kaiser für den Fall des „prodere possessionem" etwas Anderes habe bestimmen wollen, als für den Fall des „derelinquere possessionem"? Für diesen Fall aber wollte er gewiß Fortdauer des Besitzes bestimmen', da sich nur hierauf die Controverse der alten Juristen, welche er entscheiden zu wollen erklärt, bezog. S. auch Bruns Besitzklagen S. 109 fg.

[5] L. 40 §. 1 h. t.: — „quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus eam apisci neglexerit". So wenig die thatsächliche Gewalt fortdauert, wenn die Wiederherstellung des Verhältnisses, in welchem sie sichtbar war, dauernd unterbleibt (§. 156 Note 7), so wenig kann der ohne thatsächliche Gewalt rechtlich anerkannte Besitz fortdauern, wenn die Wiederherstellung der thatsächlichen Gewalt selbst dauernd unterbleibt.

[6] Wenn es in l. 47 D. h. t. heißt: „Si rem mobilem aqud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est", so will hier das „confestim" nicht die Nothwendigkeit der Aeußerung des Entschlusses, sondern die Nothwendigkeit der Kenntniß des Vertretenen von demselben verneinen (vgl. l. 44 §. 2 — l. 46 eod.) In welcher Weise der Entschluß geäußert worden sei, ist gleichgültig, und namentlich darf nicht verlangt werden (wie mit Savigny S. 430—434 [364—367] die herrschende Meinung thut), daß er bei beweglichen Sachen gerade durch eine körperliche Behandlung derselben an den Tag gelegt worden sei. L. 3 §. 18 D. h. t. will nicht sowohl contrectatio für nothwendig, als bloßes Ableugnen, welches die Absicht, die Sache für sich zu haben, keineswegs ohne Weiteres voraussetzt (l. 20 D. h. t.), für nicht hinreichend erklären; so auch l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. de furtis 47. 2. Vgl. Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 12 (1854), H. Witte das. XVIII S. 293—299, Baron Jahrb. f. Dogm. VII S. 146 fg. — Was unbewegliche Sache angeht, so kann auch in diesem Falle der Besitz nicht ohne Vorwissen des Vertretenen verloren werden; auch in diesem Fall ist es nicht der Vertreter, welcher Kunde von der Besitzergreifung erhält. Auch erlaubt l. 47 D. h. t. einen Schluß a contrario. A. M. H. Witte a. a. O. S. 299—301 wegen l. 12. 18 pr. D. de vi 43. 16, welche Stellen aber von

## V. Schutz des Besitzes.

### Einleitung.

§. 158.

Das Maß, in welchem, und die Gesichtspunkte, unter welchen der Besitz rechtlich geschützt wird, sind im Allgemeinen bereits angegeben worden (§. 148 Num. 1). Hier ist vom Schutz des Besitzes näher zu handeln[1]. Zu Grunde gelegt wird dabei nicht die Verschiedenheit der bezeichneten Gesichtspunkte, welche sich nicht in allen Fällen des Besitzesschutzes geltend macht, sondern der Gegensatz zwischen bloßer Störung und Verlust des Besitzes[2].

### A. Schutz des Besitzes gegen Störung*.

§. 159.

Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, daß sich der Wille eines Nichtbesitzers in einer einzelnen Bezieh-

---

einer Dejection des Besitzers reden (in der Person seines Beauftragten). S. auch Baron a. a. O. S. 162—164.

§. 158. [1] Der Besitz bildet auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigenthumserwerbes. Aber dabei ist er eben auch nur die Grundlage eines Erwerbes, eine von mehreren Voraussetzungen, welche in ihrem Zusammensein zu einer rechtlichen Macht führen, es ist nicht der Besitz als solcher, welcher eine rechtliche Macht gewährt. Deßwegen wird von diesen anderen rechtlichen Wirkungen des Besitzes nicht in der Lehre vom Besitze, sondern in der Lehre von Eigenthum gehandelt.

[2] Der Schutz des Besitzes gegen Störung ist bloßer Interdictenschutz, beruhend auf der Jurisdiction des Prätors, der Schutz des Besitzes gegen Verlust ist theils Interdictenschutz theils civilrechtlicher Aktionenenschutz (§. 148 Num. 1). — Die Interdicte gegen Störung des Besitzes sind interdicta retinendae possessionis, die Interdicte gegen Verlust interdicta recuperandae possessionis. Mit den interdicta retinendae und recuperandae possessionis werden in den Quellen die interdicta adipiscendae possessionis zusammen gestellt; dieselben sind aber nicht Interdicte aus Besitz, sondern auf Besitz. Ob sie bloß Besitz gewähren, oder den Streit definitiv reguliren, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. mit Savigny §. 35 Ihering 2. Aufl. S. 66 fg.

* Dig. 43. 17 Cod. 8. 6 uti possidetis. Dig. 43. 31 de utrubi. — Besondere Behandlungen dieser Lehre sind: Albert über das interdictum

ung in Widerspruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend macht. Dieß kann entweder dadurch geschehen, daß der Andere selbst auf die Sache einwirkt, oder dadurch, daß er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht[1]. Aus einer solchen Störung entsteht für den Besitzer ein Anspruch[2],

---

uti possidetis der Römer (1824). Wieberhold das Interdictum uti Possidetis und die Novi operis Nunciatio S. 1—63 (1831). Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XI. 9 (1842). Rudorff das. XI. 10 (1842). H. Witte das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium (1863). (Darüber A. Schmidt von [Ilmenau] Heidelb. Jahrb. LVI S. 689—694 und Dernburg krit. VJSchr. V S. 511—523.) Eck die s. g. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts S. 28—87 (1870). Krüger kritische Versuche S. 78 fg. 88 fg. (1870). Fitting Arch. f. civ. Pr. LV. 14 (1872). Bruns Besitzklagen S. 1—83 (1874). S. ferner Jhering S. 58 (72) fg., Vangerow I §. 336 Anm. 1, Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 225—233. 237—239.

[1] Beide Fälle faßte das im alten Interdictenverfahren vom Prätor ertheilte interdictum dahin zusammen: es solle der Besitzer nicht verhindert werden, zu besitzen, wie er besitze („uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto", l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17). Beispiele: Jemand gräbt, säet, baut auf einem in fremdem Besitz befindlichen Grundstück, er läßt den Rauch von seinem Grundstück auf dasselbe hinüberdringen, er bricht auf seinem Grundstück Steine, so daß die Splitter hinüberfliegen; Jemand (z. B. der Miether) verhindert den Besitzer, auf dem besessenen Grundstück zu bauen, das auf demselben stehende Haus zu repariren, über die auf demselben wachsenden Pflanzen zu verfügen. L. 11 D. de vi 43. 16 (über diese Stelle s. Savigny S. 479 Note 2 [401 Note 4], Witte S. 100, vgl. jedoch auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 50), l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1, l. 3 §. 2—4. 9 D. uti poss. 43. 17, l. 52 §. 1 D. h. t. (41. 2), l. 12 D. comm. div. 10. 3 (vgl. über diese Stelle §. 152 Note 12 a. E.).

[2] Interdictum uti possidetis bei unbeweglichen, interdictum utrubi bei beweglichen Sachen. Im Justinianischen Recht ist zwischen beiden Interdicten kein Unterschied mehr, wogegen im klassischen Recht das interd. utrubi nicht gegenwärtigen Besitz voraussetzte, sondern daß der Kläger während des letzten Jahres länger besessen habe, als der Beklagte, wobei aber auf der einen und der andern Seite der dem Gegner gegenüber vi clam precario erlangte Besitz nicht gerechnet wurde (l. un. D. de utrubi 43. 31, §. 4 I. de interd. 4. 15 vgl. mit Gai. IV. 150). M. a. W. im klassischen Recht gewährte das interd. utrubi nur möglicherweise Schutz gegen Störung des Besitzes, dagegen möglicherweise auch Schutz gegen Entziehung. Nichtsdestoweniger wird es als inderd. retinendae possessionis sehr ausdrücklich bezeichnet. Gai. IV. 148, Paul. sentent. V. 6 §. 1. S. darüber Schmidt (von Ilmenau) das Inter-

wenn die Störung fortdauert, auf Wiederaufhebung derselben[3], bei Schuld des Störers auf Leistung des Interesse[3a], und, soweit das Bedürfniß reicht, auf Verbot fernerer Störung unter Androhung einer Strafe[3b]. Daß gegen die Person des Besitzers Gewalt gebraucht worden sei, ist keine Voraussetzung dieses Anspruchs; es reicht hin, daß gegen seinen Willen, d. h. ohne seine Erlaubniß, gehandelt worden sei[4]. Ebenso wenig ist Voraussetzung dieses Anspruchs,

---

dictenverfahren der Römer S. 69 Note 55. S. 115 Note 33, Bruns Besitzklagen S. 167—179. — Nach klassischem Rechte entstand der Anspruch nicht aus der Störung als solcher, sondern aus der nach Ertheilung des Interdicts verübten Störung. Im Justinianischen Recht ist dieß mit dem Interdictenverfahren selbst weggefallen. Vgl. Keller a. a. O. S. 307 fg., Rudorff a. a. O. S. 359. 360, Bruns Recht des Besitzes S. 40—45, Witte S. 98. 99. 102 fg. 117. 128, namentlich Schmidt a. a. O. S. 55—70. 321—331.

[3] L. 3 §. 9 D. h. t.

[3a] L. 3 §. 11 D. h. t. Es ist übrigens nicht allgemein anerkannt, daß (nach Justinianischem Rechte) auch Ersatz des Interesse gefordert werden könne. Vgl. Krüger S. 110, Fitting S. 336. Dafür Bruns Besitzklagen S. 56 fg. Was den Fall angeht, wo dem Störer keine Schuld zur Last fällt s. unten Note 5a a. E.

[3b] Vgl. l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43. 8. J. R. A. §. 162. S. über diese Frage Savigny S. 489 (409), Bruns Recht des Besitzes S. 52, Schmidt a. a. O. S. 329. 332, Rudorff S. 357 und Anh. zu Sav. Nr. 141, Witte S. 118 fg., Bruns Besitzklagen S. 48 fg. Bruns hat an dem zuletzt genannten Orte auszuführen gesucht, daß der Anspruch nicht nebenbei, sondern wesentlich und in erster Linie auf Verbot fernerer Störung gehe. Bruns ist der Ansicht, daß die Bedeutung der prohibitorischen Interdicte für das Justinianische Recht nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, die sei, daß auch ohne Interdict geklagt werden könne, als sei ein Interdict erlassen worden, sondern die, daß auf das im Interdict enthaltene Verbot geklagt werden könne. Bruns interpretirt in diesem Sinne den §. 8 I. de interd. 4. 15 und beruft sich außerdem auf l. un. C. uti poss. 8. 6. Aber die Beweiskraft der letzten Stelle wird dadurch gemindert, daß es sich in derselben nur um Feststellung des Besitzes zum Zwecke der Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite handelt, und was die Institutionenstelle angeht, so will sie doch offenbar sagen, daß der Wegfall des ordo iudiciorum lediglich processualische Bedeutung habe, während nach der Bruns'schen Auslegung sich mit diesem Wegfall der Inhalt des zu fällenden Urtheils, also der Inhalt des klägerischen Anspruchs, geändert haben würde.

[4] Dieß ist der Sinn des prätorischen Spruchs: vim fieri veto. L. 11 D. de vi 43. 16. „Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possi-

daß der Störende den Besitz der Sache für sich selbst in Anspruch nehme, oder auch nur, daß er den Besitz des Gestörten leugne[5]. Ein Anspruch auf Verbot der Störung unter Androhung einer Strafe ist begründet auch bei bloß drohender Störung[5a]. Wesentlich aber für den Anspruch ist unter

---

debit, uti arbitrio suo". Vgl. l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 5 D. de S. P. U. 8. 2. Savigny S. 477. 478 (401. 402), Schmidt a. a. O. S. 50. 51.

[5] Das Letzte hält mit Anderen Vangerow I §. 336 Nr. II a. E., auch das Erste Wiederhold a. a. O. S. 35 fg. und Sintenis I S. 466 für erforderlich. S. dagegen Schmidt a. a. O. S. 51 Note 32, Witte S. 100 fg. 139, Eck S. 39 fg. 62 fg., Fitting S. 334 fg., Bruns Recht des Besitzes S. 48 fg. und Besitzklagen S. 70 fg. Wenn von diesen Schriftstellern andererseits hervorgehoben wird (s. namentlich auch Bruns Besitzklagen S. 76 fg.), daß ein Angriff auf die Person als solche, ein Angriff auf die Person nicht in ihrer Beziehung zur Sache, zur Begründung der Klage nicht ausreiche, so ist dagegen nichts einzuwenden; nur ist damit nichts gesagt, was nicht schon in dem Begriff der Störung des Besitzes liegt, und jedenfalls darf das Gesagte nicht in dem Sinne verstanden werden, als müsse auch die Absicht der Verletzung auf die Person in ihrer Beziehung zur Sache, nicht auf die Person als solche, gerichtet gewesen sein. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 60, VII. 41 (für die Nothwendigkeit der Behauptung eigenen Besitzes); VIII. 49, XII. 33, XIX. 232, XXIII. 136, XXV. 6. S. auch den bei Fitting S. 349 fg. berichteten Fall. — Auch diejenigen Schriftsteller, welche für das Justinianische und heutige Recht zugeben, daß das interd. uti possidetis Behauptung eigenen Besitzes in der Person des Klägers nicht voraussetze, sind theilweise anderer Meinung für das klassische römische Recht. So früher Bruns das Recht des Besitzes S. 38 fg., und jetzt noch Krüger a. a. O. Doch geht die Ansicht des letzteren Schriftstellers, nicht dahin, daß dem im Besitze Gestörten ohne diese Behauptung gar nicht geholfen worden sei, sondern umgekehrt dahin, daß ihm ohne allen Proceß geholfen worden sei (durch ein neues Interdict, secundarium interdictum bei Gai. IV. 170 genannt.) Vgl. noch Note 11.

[5a] Vgl. l. 2 §. 18 D. ne quid. in publ. 43. 8. Eck S. 62 fg., Fitting S. 325, namentlich Bruns Besitzklagen S. 67 fg. 73 fg. Bruns beruft sich im Besonderen, und gewiß mit Recht, auch auf die Analogie der actio negatoria (vgl. §. 198 Note 9). — Kann schon wegen befürchteter Störung geklagt werden, so gewiß wegen wirklicher, von welcher der Störende nicht weiß, oder von welcher er nicht weiß, daß sie eine Besitzstörung ist, so daß sie unter den Begriff der vis nicht fällt. Bruns Besitzklagen S. 60 fg. Doch kann in diesem Fall Schadensersatz nicht gefordert werden. Vgl. §. 198 Note 5. S. aber auch Bruns S. 57 unt. 58 („die heutige Praxis unterscheidet nicht"). Bestreitung des Besitzes (s. g. Verbalstörung): Seuff. Arch. XVII. 45, XXI. 124, XXIV. 34; XXIV. 213.

allen Umständen, daß der Besitzer nicht den Besitz durch eine gegen den Gegner verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Gegner eine Einrede gegen den Anspruch des Besitzers hernehmen[6]. Der Anspruch fällt weg gegenüber der Ausbesserung einer Cloake[6a]. Er dauert nur so lange, wie der Besitz, auf dem er beruht[6b], und verjährt in einem Jahre[7].

Wenngleich es nach dem Gesagten keine nothwendige Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß derjenige, gegen welchen er erhoben wird, sich selbst den Besitz zuschreibe, so ist dieß doch sehr gewöhnlich der Fall, wenigstens bei Grundstücken. Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, wie der Gegner es thut[8]. In einem solchen Falle, ist er im Processe nicht bloß Beklagter, sondern auch Kläger[9],

---

[6] L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. „Uti eas aedes, quibus de agitur, *nec vi nec clam nec precario* alter ab altero possidetis . .“. L. 1 §. 5. 9 l. 2. 3 pr. D. eod., l. 17 D. de prec. 43. 26, §. 4 I. de interd. 4. 15. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 110. 111, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 140.

[6a] L. 1 pr. D. h. t. Witte S. 150. 151. S. aber auch Savigny §. 46 g. E.

[6b] §. 4 I. de interd. 4. 15. Witte S. 143. 145; a. M. Köppen Erbrecht §. 1 Note 47. Ganz unzweifelhaft ist die Sache nicht, da die Institutionenstelle wenigstens zunächst die hier in Frage stehende Function des Interdicts nicht im Auge hat.

[7] Welches aber utiliter berechnet wird. L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht bezog sich die Verjährung nicht auf den aus der Störung, sondern auf den aus dem prätorischen Verbot erwachsenden Anspruch. Schmidt a. a. O. S. 119, Witte S. 125. 129. 143. Anders Krüger S. 46 fg. So weit der Gegner aus der Störung bereichert ist, verjährt der Anspruch in der gewöhnlichen Zeit (l. 4 D. de interd. 43. 1), und so lange die Störung dauert, verjährt er natürlich gar nicht. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 315.

[8] Wegen seiner Gewöhnlichkeit war dieser Fall in der Formel des Interdicts sogleich vorgesehen; das Verbot wurde an beide Parteien gerichtet (l. 1 pr. D. uti poss. 44. 17: „uti eas aedes . . possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto“). D. h. das interdictum uti possidetis (und ebenso das interdictum utrubi) war ein interdictum duplex. Gai. IV. 160, §. 7 I. de interd. 4. 15, l. 3 §. 1 D. uti poss. 43. 17, l. 37 §. 1 D. de O. et. A. 44. 7.

[9] In einem solchen Falle. Er kann im interdictum uti possidetis Kläger

und kann daher nicht bloß eigene Freisprechung, sondern auch Verurtheilung des Gegners erzielen[10]. Streiten zwei Parteien um den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen, oder Verbot künftiger Störung zu verlangen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine Klage auf Schutz im Besitze mehr, sondern eine gewöhnliche Anerkennungsklage (Präjudicialklage)[11].

---

sein, aber er ist es nicht nothwendig. Das liegt in der Natur der Sache, und ist nicht bloß heutzutage so, sondern war so auch im klassischen römischen Rechte. Das ertheilte Interdict gab dem Beklagten die Möglichkeit, als Kläger aufzutreten, aber auch nur die Möglichkeit; um wirklich Kläger zu sein, mußte er sponsio und actio begehren. Ueber die Ansicht, daß er dies habe thun müssen, s. Note 5. Vgl. Savigny §. 37, Bruns S. 53—56, Witte S. 134, namentlich Eck S. 37 fg. 74 fg. Witte regt den Gedanke an („vielleicht"), ob nicht bei der Erklärung des Beklagten, er sei seinerseits der Besitzer, von einem ausdrücklichen Antrag desselben auf Verurtheilung des Klägers abgesehen werden dürfe. — Berufung des Beklagten auf Rechtsbesitz: Bruns S. 55, Witte S. 112 fg. 142—143, Eck S. 32 fg. 55 fg. 79 fg., Krüger S. 104 fg.

[10] Vorausgesetzt natürlich, daß er eigenen Besitz beweist. Savigny (S. 483 [405]) ist der Ansicht, daß er auch schon dann siege, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers darthue. Dieß haben Andere (Vangerow I §. 336 Nr. I. 4. d, Puchta Inst. II §. 225. 1, Arndts §. 172 Anm. 2, Keller a. a. O. S. 321, Bruns S. 56—61, Seuff. Arch. VII. 41 — dawider Sintenis I §. 46 Note 19 und neuerdings auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 44—45 —) consequent dahin erweitert, daß auch der nicht besitzende Kläger siegen müsse, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten darthue. Das Eine und das Andere ist haltbar nur auf dem Standpunkte derjenigen, welche neben der iniusta possessio den Besitz des eigenmächtig Entsetzten fortdauern lassen (l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17), und dieser Standpunkt ist im römischen Rechte nicht zur Geltung gelangt (§. 152 Note 13). S. Schmidt a. a. O. S. 112—115, Brinz S. 82, Fitting S. 303 fg.; dagegen aber wieder Arndts §. 172 Anm. 2, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 137, und namentlich Witte S. 60—87. 89 fg. 131 fg. 136; gegen den letzteren wiederum Schmidt Heidelb. Jahrb. LVI S. 692—693, Dernburg krit. VJSchr. V S. 520 fg. Für die recuperatorische Wirkung neuerdings Krüger S. 93 fg. 112, gegen denselben, jedoch nur für das Justinianische Recht, Eck S. 65 fg. (49 fg.). (Auch der neu gelesene §. 170 des vierten Buches von Gajus beweist nicht die recuperatorische Wirkung des interdictum uti possidetis, sondern nur die des secundarium interdictum.) — Zu beachten ist bei dieser Frage auch der §. 156 zu Note 8 mitgetheilte Satz. Vgl. in dieser Beziehung besonders Fitting S. 314 fg.

[11] Aber im römischen Rechte wurde sie ebenfalls durch Anwendung der interdicta retinendae possessionis erledigt. (Darüber, wie man sich dabei

Nach der Praxis wird provisorischer Schutz im Besitze schon demjenigen gewährt, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Dieser Besitzesschutz ist aber eben auch nur ein provisorischer; einer weiteren Verhandlung der Parteien darüber, wer wirklich Besitzer sei, wird dadurch nicht präjudicirt[12].

---

mit dem Erforderniß der vis absand, s. Bruns S. 43 fg., Schmidt a. a. O. S. 54. 55, Witte S. 48. 53—56, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 31, und jetzt namentlich Krüger S. 83 fg. und dazu Bruns Besitzklagen S. 31 fg. — es fand eine vis ex conventu statt, Gai. IV. 170). Ja es wird der Ursprung und sogar das Wesen der interdicta retinendae possessionis darein gesetzt, daß durch sie die Frage, wer Besitzer sei, zum Zweck des Eigenthumsprocesses habe entschieden werden sollen. Gai. IV. 148, §. 4 I. interd. 4. 15, l. 1 §. 2. 3 D. uti poss. 43. 17. Aber diese Aussprüche sind jedenfalls insofern ungenau, als sie die interdicta retinendae possessionis auf die Vorbereitung des Eigenthumsprocesses beschränken, vgl. Note 1. 5. Rudorff S. 334 und Schmidt S. 187 beziehen die bezeichnete Nachricht auf die, wie sie annehmen, spätere Aufstellung der duplex formula interdicti. Dagegen bleiben Andere dabei stehen, daß die bezeichnete Function der interdicta retinendae possessionis in der That die ursprüngliche gewesen sei. S. namentlich Witte S. 111 (gegen diesen Schmidt Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 689—694, Dernburg a. a. O. S. 517—520), Krüger S. 78 fg, Bekker Aktionen II S. 61 fg. Bruns Besitzklagen S. 17 fg. faßt die Sache jetzt so: die Veranlassung zur Aufstellung der interdicta retinendae possessionis war allerdings die Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsstreite, aber sie sind über diese Veranlassung hinaus sogleich in voller Allgemeinheit aufgestellt worden. — Wenn man heutzutage noch den reinen Besitzesstreit als interdictum uti possidetis bezeichnet, so hat das in der That gar keinen Sinn mehr. Für das materielle Recht gewiß nicht; aber ebensowenig für das Proceßrecht: denn auch die Zulässigkeit summarischer Cognition beruht nicht auf der Interdictsqualität, sondern darauf, daß es sich eben nur um Besitz handelt. Briegleb summ. Proz. S. 510. 511, vgl. Seuff. IX. 33. S. jetzt auch Eck a. a. O. S. 60 fg. — Klage auf Anerkennung, wenn der Beklagte sich den Besitz nicht zu schreibt: Eck S. 64 fg.

[12] Possessorium summarium oder summariissimum, im Gegensatz zum possessorium ordinarium. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Bruns S. 182 fg. 260 fg. 375 fg. 397 fg.; über das heutige Recht dens. S. 420, Bayer summar. Proz. §. 66—67, aber auch Briegleb summar. Proz. S. 341. 511. Seuff. Arch. IV. 121; XVIII. 251. — Ueber einen anderen Sinn, in welchem der Ausdruck possessorium ordinarium vorkommt, s. u. §. 162 Note 5.

## B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung*.

### 1. Das reine römische Recht.

#### a. Der Interdictenschutz.

#### §. 160

Nach dem auf dem prätorischen Edict beruhenden Recht, wie es sich bis zu Justinian gestaltet hat, wird der Besitz[1] geschützt

---

* Es erscheint zweckmäßig, bei dieser Lehre von der in diesem Lehrbuch sonst festgehaltenen Methode abzuweichen und die Darstellung historisch zu halten. — Vgl. zum Folgenden außer den im Einzelnen Citirten noch Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 233 fg.

[1] Natürlich nur der juristische Besitz. Für die gewaltsame Besitzentziehung ist dieß bestritten worden (namentlich von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 361 fg. XXIII S. 173 fg., Sintenis I §. 42 Note 24); s. dagegen Savigny S. 175 fg. (155 fg.), Bruns S. 62—66, Vangerow I §. 199 Nr. 2. c. — Für einen ganz speciellen Fall hat in l. 11 C. unde vi 8. 4 Justinian den Nichtbesitzer, dessen Grundstück occupirt worden ist, dem Besitzer gleichgestellt. Es ist der Fall, wo der Besitz in Folge von Abwesenheit verloren worden ist (§. 156 Note 7). Savigny S. 569—572 (468—470). Jedoch ist es nicht unbestritten, daß die Stelle Verlust des Besitzes annimmt. Vgl. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 280 fg., Ihering S. 99 (120) fg., Bruns Besitzklagen S. 120 fg., welche Schriftsteller übrigens im Einzelnen wieder unter sich abweichen. Die Sache ist nicht unzweifelhaft. Doch legt ein überwiegendes Gewicht für die hier festgehaltene Meinung in die Wagschale der Ausdruck „vacua possessio", s. l. 37 §. 1 l. 4 §. 22. 28 D. de usurp. 41. 3. Bruns a. a. O. S. 131 interpretirt jetzt: vacua possessio = Besitz, welcher durch fremde Occupation ohne Kenntniß des Besitzers verloren wird; ich halte diese Auslegung für unmöglich. Bei Ihering's Auffassung bleibt überdieß unerklärt, warum Justinian nur für absentes verfügt. Gegen Bruns gilt zwar dieses Argument nicht, da er die Stelle ausschließlich auf den Fall bezieht, wo der Vertreter eines Abwesenden den Besitz verlassen, und die Sache dann von einem Dritten ohne Kenntniß des Vertretenen occupirt worden sei. Aber ist es auch die Frage, ob in diesem Fall für eine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes Raum ist. Vgl. §. 157 Note 4. Von der andern Seite beruft man sich auf die Worte: „violentia in ablatam possessionem minime praecedente". Ich erkläre: da zwar der Besitz verloren worden ist, aber ohne Gewalt — so daß die Negation der violentia nicht auf die Occupation, sondern auf den früher eingetretenen Besitzverlust bezogen wird.

§. 160.

gegen Entziehung durch Gewalt und durch Mißbrauch des Vertrauens[2].

1. Entziehung durch Gewalt[3]. Ob die Sache beweglich oder unbeweglich ist, macht keinen Unterschied[4]. Gewaltsame

---

[2] Es gibt eine dritte Form eigenmächtiger Besitzentziehung, Inbesitznahme der Sache hinter dem Rücken des Besitzers (clam); wie verhält es sich hier mit dem Besitzesschutz? Für bewegliche Sachen gewährte das interdictum utrubi Hülfe, welches gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, und bei welchem dem Gegner sein heimlich erlangter Besitz nicht angerechnet wurde, so daß der frühere Besitzer, wenn er nur kein volles Jahr nach der Besitzentziehung verstreichen ließ, immer noch sagen konnte, er habe im letzten Jahre länger besessen als sein Gegner. Durch die im Justinianischen Rechte erfolgte Gleichstellung des interdictum utrubi mit dem interdictum uti possidetis ist hier eine (übrigens großentheils durch die condictio possessionis [§. 161] ausgefüllte) Lücke entstanden. Für unbewegliche Sachen ist ein interdictum de clandestina possessione auch im neuesten Rechte kein Bedürfniß, da durch heimliche Occupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird, sondern nur, nachdem der Besitzer davon erfahren, entweder vi oder durch den Entschluß des Besitzers (§. 156 Note 8 und Note 6 a. E. in diesem §.). Wenn nichtsdestoweniger in ganz vereinzelter Weise ein interdictum de clandestina possessione erwähnt wird (l. 7 §. 5 D. comm. div. 10. 3, vgl. auch Cic. in Rullum III. 3 §. 11), so erklärt sich das wohl daraus, daß der erwähnte Satz wahrscheinlich nicht zu allen Zeiten gegolten hat. Savigny §. 41, vgl. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 401. Doch haben sich gegen die Annahme eines interdictum de clandestina possessione auch für die frühere Zeit neuerdings ausgesprochen H. Witte interd. uti possidetis S. 45. 72 und Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 97 fg. Gegen Witte Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 156.

[3] Interdictum unde vi. Dig. 43. 16 de vi et de vi armata, Cod. 8 4 unde vi.

[4] Zwar das interdictum unde vi bezog sich auf bewegliche Sachen nicht. L. 1 §. 3—8 D. h. t. Aber die Lücke wurde auch hier im vorjustinianischen Rechte durch das interdictum utrubi ausgefüllt und ist im Justinianischen Rechte ausgefüllt durch das Selbsthülfegesetz vom Jahre 389 (l. 7 C. h. t.). Zwar ist die Meinung Savigny's (S. 527 [437] fg.), daß durch dieses Gesetz geradezu das interdictum unde vi auf bewegliche Sachen erstreckt worden sei, nicht haltbar (§. 6 I. de interd. 4. 15); aber ebensowenig läßt sich die Meinung derjenigen billigen (Thibaut Arch. f. civ. Pr. I S. 105 fg., Puchta §. 135.a, Bruns S. 74—76 und Besitzklagen S. 177—178, Vangerow III §. 690 Anm. 2 Jhering S. 136 fg. [2. Ausg.]), welche annehmen, daß durch l. 7 cit. ein neues Klagerecht überhaupt nicht eingeführt worden sei. Indem das Gesetz die gewaltsame Wegnahme von Sachen unter Strafe verbietet, setzt es als selbstverständlich voraus, daß das Weggenommene zurückgegeben werden

Besitzentziehung ist Besitzentziehung durch Geltendmachung physischer Kräfte[5]. Daß es dabei zum Conflicte und zu wirklicher Ueberwältigung des Besitzers gekommen sei, ist nicht nothwendig; wer sich vor der Entfaltung physischer Kräfte ohne Kampf zurück-

---

müsse. Wird nun weiter gefragt, nach welchen Grundsätzen im Einzelnen der durch l. 7 cit. neu eingeführte Rückgabeanspruch zu beurtheilen sei, so glaube ich, daß man nicht zu weit geht, wenn man den Satz aufstellt, daß im Sinne des Gesetzgebers die Regeln des interd. unde vi zur Anwendung gebracht werden müssen. Man könnte zwar sagen, das Gesetz beziehe sich eben nur auf gewaltsame Wegnahme zum Zweck der Selbsthülfe, nicht auf gewaltsame Wegnahme als solche. Aber auch abgesehen davon, daß der Wortlaut des Gesetzes zu dieser Beschränkung nicht nöthigt (es sagt nur, es solle nicht „ante eventum iudicialis arbitrii" weggenommen werden), so kann doch unmöglich derjenige, welcher eine Gewaltthat übt, ohne das materielle Recht für sich in Anspruch zu nehmen, milder beurtheilt werden, als derjenige, welcher behauptet, daß das materielle Recht für ihn sei. S. auch Brinz S. 86, Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 152, Schmitt die Selbsthülfe im römischen Privatrecht (1868) S. 159 fg.

[5] Beim interdictum uti possidetis ist vis jedes Handeln gegen den Willen des Besitzers (§. 159 Note 4), beim interdictum quod vi aut clam jedes Handeln gegen Widerspruch (l. 1 §. 5—7 D. quod vi aut clam 43. 24). Ein solche vis genügt zur Begründung des interdictum unde vi nicht Hier ist vis „atrox" erforderlich (l. 1 §. 3 cf. §. 43 D. h. t.), mit welchem Ausdrucke eben der Gegensatz zu jener andern Art der vis, nicht etwa eine besonders schwere Gewaltthätigkeit bezeichnet werden soll (vgl. l. 11 §. 7 D. quod vi aut clam 43. 24, Cic. pro Caec. c. 16). S. aber auch Bruns S. 71. 72. Seuff. Arch. XXVI. 10. 105. — Ihering S. 85 (104) fg. sucht mit Energie eine ältere, früher namentlich von Cujacius vertheidigte Meinung wieder geltend zu machen, wonach durch die nachconstantinische Gesetzgebung das interd. unde vi (unter der neuen Bezeichnung interdictum oder actio momenti oder momentariae possessionis) auf jede Besitzentziehung gegen oder ohne Willen des Besitzers soll erstreckt worden sein. Auch hier (vgl. Note 1) wird Möglichkeit des Zweifels zugestanden werden müssen; aber auch hier scheinen mir die Gründe gegen die herrschende Meinung nicht entscheidend. Was l. 12 C. de acq. poss. 7. 32 und l. 11 C. h. t. angeht, s. §. 157 Note 4 und oben Note 1. Daß die Aufnahme von l. 5 C. h. t. in den Titel unde vi die Beziehung auf das interd. unde vi nicht nöthig macht, zeigt l. 1 eod. Was Ihering außerdem vorbringt, scheint mir verhältnißmäßig geringeres Gewicht zu haben. Und nun die bestimmte Wiederholung des alten Rechtes in §. 6 I. de interd. 4. 15! S. gegen Ihering jetzt auch die ausführliche Widerlegung von Bruns Besitzklagen S. 84—134. Vgl. noch Fitting Zeitschr. f. RGesch. XI S. 433. 434.

zieht, ist nicht weniger mit Gewalt verdrängt[6]. Anders wenn Jemand sich durch gedrohte Gewalt zu dem Entschlusse bestimmen läßt, seinen Besitz zu übertragen; der unmittelbare Grund seines Besitzesverlustes ist hier eben die Uebertragung, und nicht die Gewalt[7]. Ob die Verdrängung durch die eigenen Kräfte des Verdrängenden geschieht, oder mit Benützung der Kräfte Anderer, ist gleichgültig[8], wie es andererseits auch gleichgültig ist, ob die Verdrängung in eigenem Namen geschieht, oder in fremdem[9]. — Aus der gewaltsamen Besitzentziehung erwächst für den Verdrängten gegen den Verdrängenden ein Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesse[10]; der Anspruch

---

[6] Auch das ist nicht erforderlich, daß der Besitzer die unmittelbare Nähe der Verdrängungsgewalt abgewartet habe. Ebenso wenig ist nothwendig eigene Inbesitznahme des Verdrängenden, obgleich durch dieselbe am unzweifelhaftesten constatirt wird, was unter allen Umständen erforderlich ist, daß die physischen Kräfte, vor denen der Besitzer sich zurückgezogen hat, zum Zwecke seiner Verdrängung entfaltet worden seien. Paul. sent. V. 6 §. 4, l. 1 §. 29 l. 3 §. 6. 7 D. h. t., l. 9 pr. D. quod met. causa 4. 2, l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Vgl. aber auch Bruns S. 69. 70, Vangerow I §. 207 Anm. 2. Uebrigens ist der aufgestellte Satz im römischen Recht nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt gewesen, vgl. l. 1 §. 29 D. h. t., l. 9 pr. D. quod met. causa 4. 2. — Der Satz gilt für alle Fälle der Verdrängung, also auch für den Fall, wo das Grundstück zuerst hinter dem Rücken des Besitzers occupirt worden ist. Auch in diesem Falle ist also weder ein Conflict des Besitzers mit dem Verdrängenden nothwendig, noch auch nur, daß der Besitzer sich an Ort und Stelle verfüge, um dadurch die Möglichkeit eines gegen ihn persönlich gerichteten Widerstandes herbeizuführen. A. M. in dieser letzten Beziehung Ihering S. 102 (122) fg.; gegen denselben Bruns Besitzkl. S. 123 fg. 149 fg., welcher ausführt, daß eine an den Verdrängenden gerichtete Aufforderung, den Besitz zu verlassen, genügend sei. Von dem genannten Fall handeln l. 1 §. 24 l. 3 §. 8. 14 h. t., l. 6 §. 1 l. 25 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, s. auch l. 18 §. 3 D. eod., l. 18 D. h. t. L. 25 §. 2 cit. enthält entweder eine historische Notiz, oder ist in der von Bruns a. a. O. S. 127 bezeichneten Weise zu erklären.

[7] L. 5 D. h. t.

[8] L. 1 §. 12—15 l. 3 §. 10—12 D. eod.

[9] L. 1 §. 13 eod.

[10] Ob der Verdrängende den Besitz seinerseits hat oder nicht, ob er ihn überhaupt bekommen hat, und wenn er ihn bekommen hat und nicht mehr hat, in welcher Weise er ihn verloren hat, ist gleichgültig. L. 1 §. 13. 42 l. 15. 16 D. h. t., l. 4 §. 22 l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. (Ueber l. 16 cit. s. Savigny S. 535 Note 2 [443 Note 1], aber auch Rudorff Anhang Nr.

dauert jedoch in dieser Strenge nur ein Jahr, nach dieser Zeit haftet der Verdrängende bloß auf das, was er noch hat[11]. Seine Erben haften von vornherein nur in dieser milderen Weise[12], und in gleicher Weise haftet derjenige, in dessen Namen die Verdrängung vorgenommen worden ist, ohne daß er Auftrag zu derselben gegeben oder sie genehmigt hat[13]. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nicht[14]. — Die Einrede, daß der Kläger seinerseits durch Eigenmacht den Besitz von dem Beklagten erlangt habe, steht diesem Anspruch nicht entgegen[15].

2. Gegen Entziehung durch Mißbrauch des Vertrauens wird der Besitz geschützt in dem Fall, wo eine Sache einem Andern vergünstigungsweise, d. h. zwar in seinem Interesse, aber auf willkürlichen Widerruf, hingegeben worden ist[16]. Der Hingebende kann die Sache zurückfordern bloß auf Grund davon, daß der Empfänger an die Sache gelangt ist, wie geschehen[17], ohne sich

---

153.) Zur Leistung des Interesse gehört namentlich auch der Ersatz für die durch die Besitzentziehung verlorenen oder beschädigten Sachen, und die dadurch entzogenen Früchte. L. 1 §. 31—38. 40. 41 l. 6. 19 D. h. t., l. 4 C. h. t. Der Regel gemäß (§. 133 Note 14—18) kann die Höhe des Interesse durch den Eid des Klägers bewiesen werden, l. 9 C. h. t; s. g. iuramentum Zenonianum. Vgl. Savigny S. 539 Note 1 (446 Note 1), Vangerow I §. 171 Anm. Nr. 4, Bayer Vorträge §. 274; Wetzell Civilproceß §. 28 Nr. 1 a. E., Sintenis II §. 86 Anm. 50. — Unterschied zwischen Besitzeswerth und Sachwerth: einerseits l. 3 §. 11 D. uti poss. 43. 17, allenfalls auch l. 6 D. h. t., andererseits l. 1 §. 35. 40. 41 D. h. t., l. 4 C. h. t., l. 8 §. 4. 5 D. de prec. 43. 26. Mommsen Beiträge II S. 246. 247, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 560, Bruns Besitzklagen S. 189—193.

[11] Das Jahr wird auch hier utiliter berechnet, l. 1 pr. §. 39 D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 2 C. h. t. — Ausnahme von der Verjährung: l. 1 C. si per vim 8. 5.

[12] L. 1 §. 48 l. 2. 3 pr. §. 1 l. 9 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t.

[13] L. 1 §. 15 l. 4. D. h. t.

[14] L. 7 D. h. t., l. 3 §. 10 D. uti poss. 43. 17.

[15] §. 6 I. de interd. 4. 15. Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny S. 540—543 (546—550).

[16] Dieß ist der Begriff dessen, was die Quellen precarium nennen. Vgl. II §. 376.

[17] Der Prätor gab ihm zu diesem Ende das interdictum de precario. D. 43. 26 de precario, Cod. 8. 9 de precario et Salviano interdicto. — Mit dem interdictum de precario verhält es sich doch nicht ganz gleich, wie mit dem interdictum unde vi. Das interdictum de precario wird nicht

auf das zwischen ihm und dem Empfänger bestehende contractliche Verhältniß berufen zu müssen, obgleich ihm auch dieß freisteht[18]. Der Anspruch geht auf das, was der Empfänger noch

---

erst begründet durch die Verweigerung der Rückgabe, sondern ist begründet sofort durch das „habere precario." Das interdictum unde vi hat seinen Grund in der fehlerhaften Art und Weise, wie der jetzige Besitzer den Besitz erworben hat; das interdictum de precario hat seinen Grund in einem Vorgange, welcher als solcher ganz fehlerlos ist. Daß dieß wirklich die Auffassung des römischen Rechts ist, wird unwiderleglich bewiesen durch l. 8 §. 7 D. h. t. Aber das interd. de precario hat jedenfalls zum Resultat, daß der Besitz gegen eine gewisse Art der Entziehung geschützt wird. Jhering (S. 97 fg. der 2. Aufl.) und Bruns Besitzklagen S. 180 fg. (s. auch dens. Besitz S. 62) sprechen dem interd. de precario die Natur eines interd. recuperandae possessionis ganz ab. Jhering beruft sich namentlich auf l. 18 D. h. t., wonach der Eigenthümer seine Sache precario geben kann „quamvis non possideat". Aber wer precario nimmt, macht eben dadurch denjenigen, von welchem er nimmt, zum Besitzer, und deßwegen nicht weniger, weil er im gegebenen Fall selbst den Interdictenschutz genießt (vgl. §. 151 Note 4), — oder sollte der Empfänger, auch wenn er sich mit Gewalt gegen den Verleiher vertheidigt, nur mit dem interd. de precario haften? Bruns macht geltend, daß auch der natürliche Besitzer precario geben könne, und dann das interd. de precario habe. Ich will das nicht leugnen, obgleich ein unmittelbares Quellenzeugniß dafür nicht vorliegt: aber wenn das interd. de precario auch den natürlichen Besitz schützt, schützt es deßwegen nicht den juristischen? Der Grund des interd. de precario ist die Verrückung der räumlichen Verhältnisse, die sich vollzogen hat, wie geschehen. Bruns sieht den Grund in der vom Empfänger übernommenen Obligation, die vor der civilen Anerkennung interdictsmäßig wirksam gemacht worden sei. Das ist nicht richtig; nicht derjenige haftet, qui precario rogavit, sondern qui precario habet. L. 4 §. 2 l. 6 §. 2 D. h. t. Daß der Empfänger sich auf sein Eigenthum berufen kann, ist kein Grund gegen die possessorische Natur des Interdicts. Eigenthum schließt eben das precario habere aus. S. Note 20.

[18] Wer etwas als Precarium empfängt, macht sich, indem er es als solches hinnimmt, zur Rückgabe verbindlich (vgl. l. 1 §. 2 D. h. t.). Aber aus dem damit abgeschlossenen Contract gewährte das römische Recht ursprünglich eine actio nicht, und dieß war eben der Grund, weßwegen der Prätor das interdictum de precario aufstellte (l. 14 D. h. t., l. 14 §. 11 D. de furtis 47. 2). Durch die spätere Einführung der actio praescriptis verbis, oder deren Anwendung auf das Precarium (l. 2 §. 2 l. 19 §. 2 D. h. t., Paul. sentent. V. 6 §. 10, vgl. auch l. 23 D. de R. I. 50. 17), ist das Interdict überflüssig gemacht, aber nicht verdrängt worden (obgleich es nach l. 15 §. 3 D. h. t. durch Stipulation allerdings ausgeschlossen wurde). Für das heutige Recht hat es eine selbständige Bedeutung wieder dadurch bekommen, daß die Proceßführung bei demselben eine summarische ist.

hat — auf Leistung des Interesse für das, was er nicht mehr hat, nur insofern, als er es durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verloren hat[19]. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz kann diesem Anspruch nicht entgegengesetzt werden. Dagegen kann der Empfänger sich gegen denselben mit Berufung auf sein Eigenthumsrecht vertheidigen, wenn ihm die Sache als fremde, nicht als eigene, hingegeben worden ist[20]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige[21]. Der Erbe haftet im Uebrigen wie der Erblasser, aus der Verschuldung des Erblassers aber bloß auf das, was er noch hat[22].

### b. Der Condictionenschutz.

## §. 161.

Wiedererstattung entzogenen Besitzes kann auch auf Grund des civilrechtlichen Satzes begehrt werden, daß zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist[1] (§. 148). Damit dieser Satz auf entzogenen Besitz angewendet werden konnte, war nur nöthig, daß der Besitz als ein Vermögensbestandtheil anerkannt

---

[19] L. 2 pr. D. h t. „Ait praetor: quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas" Dem dolus steht auch hier die lata culpa gleich. L. 8 §. 3. 5. 6 D. h. t., l. 23 D. de R. 1. 50. 17. Vgl. l. 8 §. 4 D. h. t.

[20] Denn „receptum est, rei suae precarium non esse", l. 4 §. 3 D. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 6 §. 4 D. h. t. Das will sagen: wer eine Sache als fremde precario nimmt, nimmt sie precario unter der Bedingung, daß sie eine fremde ist.

[21] L. 8 §. 7 D. h. t.

[22] L. 8 §. ult. D. h. t., l. 2 C. h. t. — Bei den römischen Juristen war es übrigens bestritten, ob man vom Erben sagen könne, daß er precario habe. Paul. sentent. V. 6 §. 12, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Savigny S. 560 (462), Schmidt Interd. S. 164. 165; abweichend Vangerow III §. 691 Nr. V. 2. Vgl. Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 43.

[1] L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam". L. 6 D. de cond. ob turpem causam 12. 5. S. II §. 421 fg. §. 161.

wurde, und das römische Recht hat dieß wirklich gethan[1]. Doch tritt diese Seite des Schutzes des Besitzes in den Quellen den Bestimmungen des prätorischen Edicts gegenüber entschieden in den Hintergrund[3].

Der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, wo Jemandem sein Besitz wider oder ohne seinen Willen entzogen worden ist, vorausgesetzt daß nicht ein besonderer rechtfertigender Grund für die Besitzergreifung des gegenwärtigen Besitzers vorliegt[4]. Er ist also begründet nicht bloß im Falle der gewaltsamen, sondern auch im Fall der heimlich Besitzentziehung[5]; ferner in allen Fällen der Verbringung durch den Detentor, und zwar nicht bloß gegen diesen selbst, wenn er sich selbst den Besitz aneignet[6], sondern auch gegen denjenigen, an welchen der Detentor den Besitz gebracht hat[7]; ebenso

[2] Für heimliche und gewaltsame Besitzentziehung: l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 pr. §. 1 D. de furtis 47. 2; für Besitzverlust durch Veruntreuung: l. 19 §. 2 D. de prec. 43. 26 (Note 4); für sonstigen Besitzverlust wider Willen des Besitzers: l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1; für Besitzverlust mit dem Willen des Besitzers: l. 15 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 31 §. 1 i. f. D. dep. 16. 3, l. 46. l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9. pr. l. 21 §. 2 D. quod met. causa 4. 2; für Besitzverlust durch Verjährung, wenn ein Grund zur Wiedereinsetzung vorhanden ist: l. 23 §. 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6. Vgl. II §. 421 Note 7.

[3] Daraus erklärt es sich, daß diese Seite des Besitzesschutzes in der neueren Zeit wenig beachtet, und z. B. in dem Savigny'schen Buche ganz übergangen worden ist. Es ist das Verdienst von Bruns (S. 27—33), sie wieder hervorgezogen haben. Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 161.

[4] Vgl. II §. 422 Note 3.

[5] Hier hatte der Interdictenschutz bei beweglichen Sachen seit dem Wegfall des interdictum utrubi in seiner alten Gestalt eine Lücke (§. 160 Note 2). Bei unbeweglichen Sachen gewährt hier die condictio possessionis Hülfe auch wenn man weder interdictum uti possidetis (§. 156 g. E.), noch interdictum unde vi (§. 160 Note 6 a. E.) für begründet hält.

[6] Er ist also begründet nicht bloß gegen denjenigen, welcher precario empfangen hat, sondern auch gegen den Depositar, Leiher, Miether ꝛc. Vgl. l. 19 §. 2 D. de prec. 43. 26 („cum quid precario rogatum . . est, uti possumus . . incerti condictione"), wo die incerti condictio von einer condictio rei nicht verstanden werden kann. Auch l. 13 §. 1 D. dep. 16. 3 (— „competit etiam condictio depositae rei nomine") drückt sich ganz allgemein aus, während l. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1 (—„res pignori data pecunia soluta condici potest") unmittelbar nur für die condictio rei beweist.

[7] Vgl. §. 157 Note 4.

gegen denjenigen, an den der Besitz in Folge eines Irrthums, oder durch die Einwirkung einer Naturgewalt, oder durch die eigene Bewegungskraft der Sache gelangt ist[8]. Gerichtet ist der Anspruch gegen denjenigen, welcher sich den fremden Besitz wissend, daß ihm kein Recht zum Besitze zustehe, angeeignet hat, auf Leistung des vollen Interesse[9]; abgesehen von diesem Fall haftet der Entziehende nur auf Herausgabe dessen, was er hat oder durch seine Schuld verloren hat[10]. Eine Einrede fehlerhaften Besitzes ist gegen diesen Anspruch nicht begründet[11]; dagegen

---

[8] Es wird eine Sache irrthümlich bei einem Andern abgegeben, als bei demjenigen, für welchen sie bestimmt ist. Es wird eine Sache weggeschwemmt. Ein Thier läuft oder fliegt Jemandem zu. Man kann übrigens in diesen Fällen auch von heimlicher Besitzergreifung reden. Nicht gehört hierher der Fall, wo Jemand eine verlorene Sache sich aneignet; denn ist die Sache wirklich verloren, so ist sie eben dadurch dem Besitz entzogen, während in den oben genannten Fällen die Ortsveränderung an sich die Möglichkeit der Wiederherstellung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses zur Sache noch nicht ausschließt. So auch Bruns Besitzklagen S. 256. Vgl. im Allgemeinen Ihering S. 83 (102) fg. 105 (125) fg. (dazu aber auch §. 160 Note 5).

[9] In diesem Falle ist bei beweglichen Sachen ein furtum vorhanden (II §. 452), und s. l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 7 §. 2 l. 8 pr. §. 1 l. 10 pr. i. f. eod. (vgl. damit l. 1 §. 31. 41 l. 6 D. de vi 43. 16, l. 1 §. 34. 42 l. 19 eod., l. 4 C. unde vi 8. 4). Vgl. II §. 425. Was Grundstücke angeht, so ist für den Fall gewaltsamer Besitzentsetzung eine condictio nach Analogie der condictio furtiva ausdrücklich anerkannt (l. 1 §. 1 l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 §. 1 D. de furt. 47. 2), und eine andere als gewaltsame Besitzentziehung gibt es bei Grundstücken nicht (§. 160 Note 9, §. 157 Note 4. 6). Freilich ist dieses Letztere nicht allgemein anerkannt (s. die citirten Stellen), und für die in dieser Beziehung abweichenden Ansichten ist denn auch das im Texte Gesagte zu modificiren. — Principiell abweichend Bruns S. 55 und nach ihm die erste Auflage; übereinstimmend jetzt Bruns Besitzklagen S. 202.

[10] S. II §. 424 Note 3.

[11] a) Nicht die Einrede, daß der Kläger den Besitz fehlerhaft vom Beklagten erlangt habe. A. M. früher Bruns S. 32 mit Berufung auf den hier nicht gebilligten Satz (§. 159 Note 10), daß der unrechtmäßig Verdrängte Sieger im interdictum uti possidetis sei; übereinstimmend Besitzkl. S. 208. Rudorff Anhang zu Sav. S. 712. 713 denkt an die exceptio doli aus der Gegenforderung; aber l. 14 §. 2 C. de compens. 4. 31 spricht ohne Beschränkung. Bruns Besitzkl. S. 207 fg. verweist auf die Strafe der Selbsthülfe. b) Noch weniger kann sich der Beklagte darauf berufen, daß der Beklagte den Besitz fehlerhaft von einem Dritten erlangt habe. A. M. Ihering

kann sich der Beklagte darauf berufen, daß ihm ein Recht zu besitzen zustehe[12]. Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche dreißigjährige. Die Erben haften wie der Erblasser[13].

## 2. Nachrömische Fortbildungen.

### §. 162.

Nach der Bestimmung des canonischen Rechts geht der Anspruch aus eigenmächtiger Besitzentziehung nicht bloß gegen den Entziehenden selbst, sondern auch gegen alle Dritte, welche von dem Entziehenden die Eigenmacht kennend den Besitz erlangt haben[1]. Außerdem haften auf Grund des canonischen Rechts die Erben, auch wo der in §. 161 bezeichnete Anspruch nicht Platz greift, jedenfalls bis zum Belange der Erbschaft[2].

Das canonische Recht hat ferner dem eigenmächtig aus dem Besitz Verdrängten die Befugniß gegeben, bis zur erfolgten Wiederherstellung des früheren Zustandes jeden Anspruch des Verdrängenden abzuweisen; jedoch muß er die Eigenmacht binnen 15 Tagen darthun[3].

---

S. 117 (138), welcher die condictio possessionis jedem improbus possessor abspricht, unter Berufung auf l. 12 §. 1 l. 76 §. 1 D. de furtis 47. 2. S. dagegen Bruns S. 30 fg. Besitzklagen S. 208.

[12] Es liegt aber in dieser Berufung nicht sowohl eine Einrede, als die Leugnung der Begründetheit des klägerischen Anspruchs. Wenn der Beklagte ein Recht zu besitzen hat, so ist die Veränderung, welche in der Vermögenslage der Parteien eingetreten ist, keine ungerechtfertigte, sie ist nicht sine causa. A. M. Bruns S. 30, Rudorff S. 712; dagegen Jhering S. 117 (138); jetzt wieder Bruns Besitzklagen S. 203 fg.

[13] Auch bei der condictio furtiva. S. II §. 359 Note 18. §. 425 Note 4.

§. 162. [1] C. 18 X. de rest. spol. 2. 13 (Innocent. III. a. 1216). Bruns S. 177—181, Besitzklagen S. 216—221.

[2] Nach der im canonischen Recht für die Delictsansprüche anerkannten Regel: „heredes iuxta facultates suas condigne statisfaciant" (c. 5 X. de raptor 5. 17), was aber die Praxis von jeher in der im Text bezeichneten Weise verstanden hat. S. II §. 359 Note 16.

[3] Exceptio spolii. C. 1 de rest. spol. in VI° 2. 5. (Innocent. IV. a 1245). Bruns 16—23.

## §. 162a.

Die im Mittelalter in Italien ausgebildete, in Deutschland recipirte Doctrin war bestrebt, den Besitzesschutz noch mehr zu erweitern. In ihrer höchsten Ausbildung ging diese Lehre dahin, daß ein Anspruch begründet sei:

1) in allen Fällen, wo der Besitz unfreiwillig, wenn auch nicht durch fremde Eigenmacht, verloren worden sei;

2) nicht bloß für den juristischen Besitzer, sondern auch für den Detentor;

3) gegen jeden dritten Inhaber der Sache;

4) es solle der Kläger nicht zu beweisen brauchen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müssen, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise eingetreten sei;

5) dieser Anspruch solle in gleicher Weise bei beweglichen, wie bei unbeweglichen Sachen gelten, und

6) nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegen.

In seiner historischen Entwickelung weist dieser exorbitante Besitzesschutz auf zwei verschiedene Wurzeln zurück, und erscheint demnach (in Deutschland) theils als Spolienklage[4], theils als s. g.

---

[4] Die Spolienklage ist aus derselben Quelle hergeleitet worden, aus welcher auch die später gesetzlich anerkannte exceptio spolii geflossen ist, nämlich aus dem von Pseudo-Isidor aufgestellten, in Gratian's Decret aufgenommenen Satz, daß ihrer Diöcese oder ihres Vermögens beraubte Bischöfe vor der Restitution von jeder Criminalklage frei seien. Hauptstelle in Gratian's Decret ist der berühmte canon *Redintegranda* (c. 3 C. 3 qu. 1). „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque condicione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscantur, [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum]. Die eingeklammerten Worte fehlen bei Gratian, und sind erst von den römischen Correctoren des Decrets wieder hinzugefügt worden. Das auf diese Stelle gegründete Klagerecht (condictio ex canone [Redintegranda]) ging mit der italienischen Theorie auch nach Deutschland über, und nahm hier seit dem Ende des 17. Jahrhunderts den Namen actio spolii an. S. über das Nähere der Entwicklung Bruns §. 27 (vgl.

possessorium ordinarium[5]. Gegen denselben hat sich seit dem 17. Jahrhundert eine lebhafte Opposition erhoben, welche, im 18. Jahrhundert namentlich durch J. H. Böhmer getragen, im 19. durch Savigny in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt, aber weit davon entfernt ist, in gleicher Weise in der Praxis durchgedrungen zu sein[6]. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die alte Lehre nicht in allen Punkten gleich verwerflich ist. Am wenigsten läßt sich sagen für die Befreiung des Klägers vom Beweise[7] und die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den bloßen Detentor[8]. Dagegen füllt die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes,

---

§. 21—23). 32. 44 (S. 373—375). 45 (S. 389—397). 46 (417—419), Maaßen Jahrb. des gem. R. III. 8, Heusler die Gewere (1872) S. 318 fg.

[5] Das s. g. possessorium ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, aber dadurch mit recuperatorischer Wirkung ausgestattet, daß man in Anlehnung an Sätze theils des römischen, theil des deutschen Rechts den unfreiwillig verlorenen Besitz als fortdauernd annahm. Eine besondere Phase der Entwickelung des ordinarium ist diejenige, welche in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten, aber zu gemeinrechtlicher Anerkennung nicht gelangt ist, daß man auf Grund einer unrichtigen Interpretation des c. 9 X. de prob. 2. 19 dasselbe auffaßte als Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes; dadurch hörte es ganz auf, Besitzesklage zu sein, und das summariissimum rückte an die Stelle des uti possidetis hinauf. S. über das Nähere Bruns Jahrb. des gem. R. IV S. 33—74. 85—95, Heusler a. a. O. (Note 4) S. 304 fg. 452 fg.

[6] Bruns Bes. S. 389—397. 418. 419. vgl. Jahrb. a. a. O. S. 95. Holzschuher II §. 90.

[7] Bruns Bes. S. 396. Vgl. aber auch Jahrb. a. a. O. S. 106—109. Neuestens: Besitzklagen S. 251.

[8] Dieselbe wurde vielfach auf eine irrige Auffassung des römischen Rechts gestützt. Bruns Bes. S. 394. Ueber das ältere deutsche Recht s. Heusler a. a. O. S. 119 fg. 159 fg., Bruns Besitzkl. S. 228 fg. Durch die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den Detentor wird in das Detentionsverhältniß ein dingliches Element hineingetragen, und ein solches enthält dasselbe nach gemeinem Rechte nie. Doch ist Bruns Besitzkl. S. 236 fg. (vgl. auch S. 294 fg.) geneigt, für die Detention in eigenem Interesse, und namentlich für das Miethverhältniß, eine den Besitzesschutz rechtfertigende Praxis anzunehmen und aus dem bezeichneten Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Aber von den im Seuffert'schen Archiv mitgetheilten Erkenntnissen haben gegen den Besitzesschutz erkannt I. 225, XVII. 147, XXVI. 11. Dafür XXIV. 12 und XXV. 7.

und zwar ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, einerseits eine Lücke des römischen Rechts aus (§. 160 Note 2), und ist andererseits theilweise in demselben unmittelbar begründet (§. 161)[9]. Das Letztere gilt auch von der Ausschließung der einjährigen Verjährung[9a]. Was endlich die Haftung des dritten Besitzers angeht, so läßt sich so viel wohl rechtfertigen, daß der unredliche dritte Besitzer überhaupt für haftbar erklärt wird[10].[11]

---

[9] Condictio possessionis. Dieselbe ist für den Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes anerkannt in dem Urtheil bei Seuff. Arch. XIX. 152, vgl. auch Nr. 153 das. Auch die Zulassung des interdictum unde vi in diesem Fall hat übrigens in den Quellen einen Anhalt, nämlich in der Bestimmung über die Zulässigkeit desselben bei Occupation einer vacua possessio absentis, l. 11 C. unde vi 8. 4. Bruns Jahrb. a. a. O. IV S. 101. 65. Vgl. auch Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) S. 261—262. Spolienklage: Bruns Besitzkl. S. 250 fg. Seuff. Arch. V. 23, XIX. 46, XXIII. 137, XXIV. 212. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 4.

[9a] Condictio furtiva. S. §. 161 Note 9. Vgl. Seuff. Arch. VII. 42. 270.

[10] Nach Analogie der Bestimmung des canonischen Rechts über die Haftung des unredlichen Besitzsucessors; es ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, welcher ohne allen Rechtsgrund in den Besitz der Sache gelangt, besser gestellt sein sollte. Vgl. Bruns Bes. S. 100. Ziebarth a. a. O. S. 260—261. Seuff. Arch. XXIII. 137. A. M. aber jetzt Bruns Besitzkl. S. 246 fg.

[11] In der neueren Zeit hat Delbrück in seiner Schrift über „die dingliche Klage des deutschen Rechts", Leipzig 1857 (ein Nachtrag aus Delbrück's Nachlaß Jahrb. f. Dogm. X. 2) nachzuweisen gesucht, daß der Spolienklage und dem poss. ordinarium eine ursprüngliche deutsche Rechtsanschauung zu Grunde liege, welche sich in dieser Verkleidung durch alle Zeiten hindurch erhalten habe, die Rechtsanschauung nämlich, daß der bloße ältere Besitz Anspruch auf Schutz gewähre. Delbrück stellt demgemäß folgende Sätze auf, denen er unmittelbar Geltung für das heutige Recht zuschreibt. 1) Jeder, welcher einmal besessen hat, kann auf Grund dieses Besitzes von jedem späteren Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, wenn derselbe nicht einen Titel für seinen Besitz nachweisen kann, oder daß er schon einmal noch früher als der Kläger besessen habe, oder daß der Kläger die Sache veräußert habe, oder sich in mala fide befinde. 2) Derjenige, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, kann Herausgabe der Sache auch von dem titulirten Besitzer verlangen. 3) In dem einen und dem anderen Falle ist aber der Anspruch kein possessorischer, sondern ein dinglicher, eine Vindication. Diese neue Theorie darf, was das geltende Recht angeht, gegenwärtig als

## VI. Rechtsbesitz*.

### §. 163.

Besitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache; Sachbesitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen; von Rechtsbesitz redet man, wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfaßt (§. 151). Der Ausdruck ist wenig entsprechend; man sagt, ein Recht werde besessen, nnd meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, thatsächliche Geltung habe. — Die dem modernen Rechte angehörende weitere Entwickelung des Begriffes des Rechtsbesitzes, wonach Rechtsbesitz

---

beseitigt angesehen werden, obgleich der Verf. des Art. Vindication in Weiske's RLex. (XIII S. 105 fg.) sie vollständig aufgenommen hat; gegen dieselbe haben sich erklärt: in einem ausführlichen Aufsatz Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. 1 (1860), s. auch dens. Besitzklagen S. 212 fg., ferner Bluntschli krit. Ueberschau VI S. 189 fg., Pagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III S. 207—225, Sintenis I §. 46 Note 24 §. 53 Note 2, Vangerow I §. 335 a. E., Goldschmidt Handelsr. I §. 80 Note 48. Zwar hat sich Delbrück für den ersten der genannten Sätze auch auf gesetzliche Aussprüche berufen (c. 9 X. de prob. 2. 19 und P.G.O. Art 208); aber s. dawider Maaßen Jahrb. des gem. R. II. 13 und Bruns a. a. O. S. 74—85. Auch was das ältere deutsche Recht angeht, haben neuere Forschungen Delbrück's Aufstellungen im Wesentlichen als unhaltbar zurückgewiesen; nur das darf behauptet werden, daß das ältere deutsche Recht im Streit um das Haben der Sache (nicht Besitzesstreit) die Geltendmachung unfreiwilligen Besitzesverlustes auch Dritten gegenüber gestattet habe. Vgl. Laband die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters (1869) S. 68 fg. 106 fg. 182 fg., Heusler die Gewere (1872) S. 71 fg. 254 fg. 304 fg. 451 fg. — Zu wesenlich gleichen Resultaten wie Delbrück ist durch eine andere Art der Beweisführung, die aber weit davon entfernt ist, überzeugend zu sein, übrigens ebenfalls mit Berufung auf das ältere deutsche Recht, Ziebarth in der in Note 9 genannten Schrift S. 257 fg. 292 fg. gelangt. Dawider Bruns Besitzklagen S. 212 fg.

* Roßhirt Arch. f. civ. Pr. VIII. (1825). v. Buchholtz Versuche Nr. 8 (1831). Heerwart Zeitschr. f. Civ. und Pr. XII. 6. 9 (1839). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 1 Nr. 12 (1844). Elvers die römische Servitutenlehre §. 62. 79—83 (1856). Namentlich aber Randa (§. 148*) §. 24—36, bei Weitem das Eingehendste, was bisher über den Rechtsbesitz geschrieben worden ist.

auch in solchen Fällen angenommen wird, in welchen ein nicht auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille zur thatsächlichen Herrschaft gelangt ist, gehört nicht hierher (§. 151 Note 4).

Nicht alle Rechte an Sachen können besessen werden. Das hat den Sinn: nicht allen Rechten an Sachen liegt ein solcher Willensinhalt zu Grunde, daß die thatsächlich Geltendmachung desselben einen bleibenden Zustand herbeiführt. Aus diesem Grunde gibt es keinen Besitz des Pfandrechts[1]. Anders beim Faustpfande; obgleich die positive Bestimmung des römischen Rechts hier Sachbesitz angenommen hat[2].

Die Grundsätze über die Möglichkeit des Rechtsbesitzes sind dieselben, wie beim Sachbesitze (§. 152). Nur ergibt sich aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes als einer beschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht in gleicher Weise wie nur Ein Sachbesitz, so auch nur Ein Rechtsbesitz an derselben Sache möglich ist.

Auch der Erwerb und der Verlust des Rechtsbesitzes stehen unter denselben Grundsätzen, wie der Erwerb und der Verlust des Sachbesitzes. — Erworben wird der Rechtsbesitz dadurch, daß die gewollte Herrschaft über die Sache thatsächlich vorhanden ist. Ist der Wille auf einen bleibenden Zustand der Sache gerichtet, so ist dazu erforderlich, daß die Sache sich in diesem Zustand wirklich befinde[3], aber eben auch in Folge des Willens befinde[4].

---

§. 163.

[1] Der Pfandgläubiger darf die Sache verkaufen; das ist eine vorübergehende und sich nicht wiederholende Handlung. Er darf sich zwar auch in den Besitz der Sache setzen; aber dieser Zustand ist nicht auf die Dauer berechnet, sondern bestimmt, sogleich durch den Verkauf wieder aufzuhören.

[2] §. 154 Note 3. Ohne Zweifel ist dieß zu einer Zeit geschehen, wo der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet war; man hätte sonst nicht, um den praktischen Zweck der Sicherstellung des Faustpfandgläubigers zu erreichen, zu einer Ausnahmebestimmung gegriffen.

[3] L. 20 pr. D. de S. P. U. 8. 2.

[4] Dieß ist namentlich von Wichtigkeit für diejenigen Fälle, wo der Wille darauf geht, daß mit einer Sache etwas nicht vorgenommen werde. Der Besitz ist hier dem Wollenden nicht dadurch ohne Weiteres erworben, daß auf die Sache in der betreffenden Weise nicht eingewirkt ist, sondern nur dadurch, daß die Einwirkung in Folge seines Willens unterbleibt. Im Einzelnen kann dieß noch in verschiedener Weise hervortreten, entweder dadurch, daß eine versuchte Einwirkung auf seinen Widerspruch hin unterlassen wird,

Ist der Wille auf vorübergehende, sich wiederholende Einwirkungen gerichtet, so ist auch hier so wenig wie beim Sachbesitz erforderlich, daß auf die Sache wirklich eingewirkt sei, sondern es genügt die Möglichkeit beliebiger Einwirkung[5]. Der der thatsächlichen Herrschaft entsprechende Wille muß auch hier darauf gerichtet sein, die Herrschaft für sich, nicht für einen Andern zu haben[6]. — Soll der Rechtsbesitz durch einen Vertreter

---

oder dadurch, daß ihm von dem Unterlassenden ein Recht zum Widerspruch eingeräumt wird. In l. 6 §. 1 D. si serv. vind. 8. 5 bezeichnet possessor nicht den Besitzer, sondern denjenigen, für welchen das thatsächliche Verhältniß spricht, gleichgültig ob kraft seines Willens oder nicht. (Anders Savigny S. 603 Note 1 [493 Note 5]; noch anders Randa §. 28 Note 4; vgl. auch Bethmann-Hollweg Jahrb. f. wissensch. Kritik 1838 S. 208 [Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 167]). Seuff. Arch. VI. 15, XIV. 13, XVI. 7, XXV. 8, vgl. XVIII. 249. — Den alten Irrthum, daß das bloße Nichtthun des Gegners den Besitz der negativen Servitut gebe, vertheidigt jetzt wieder Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 155 fg., mit Berufung darauf, daß der vorhandene Zustand durch die operis novi nuntiatio geschützt sei (vgl. S. 104 fg.). S. dagegen auch Randa §. 28 Note 4. — Daß der in Folge meines Willens Unterlassende der Eigenthümer der Sache sei, ist nicht erforderlich. Randa S. 322—323.

[5] Wenn die Quellen zum Erwerbe des Rechtsbesitzes „usum iuris", also die wirkliche Ausübung des betreffenden Rechts, das wirkliche Früchteziehen, wirkliche Gehen ꝛc. verlangen (l. 20 D. de serv. 8. 1), so thun sie das nur in dem Sinne, daß damit das thatsächliche Machtverhältniß über allen Zweifel hinaus erhoben ist. Aber so wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Einwirkung auf die Sache erforderlich ist (§. 153 Note 2—4), so wenig kann sie für die Erwerbung des Rechtsbesitzes erforderlich sein; diese Consequenz ist nicht abzuweisen. Auch wird beim Nießbrauch Besitzübertragung angenommen, wenn der Eigenthümer den Nießbraucher „induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui", l. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden, weil daraus folgt, daß der Besitzeswille nie vorhanden gewesen, oder wieder aufgegeben sei; aber wird sie vorgenommen, so ist der Besitz nicht erst mit ihr, sondern bereits mit dem Verhältniß, welches die Möglichkeit derselben sichert, erworben. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II S. 166, Bruns S. 475. 476, Exner Tradition S. 121; dagegen Th. Muther die Ersitzung der Servituten S. 43 Note 41, Elvers die römische Servitutenlehre S. 675—676, Randa §. 26 Note 1 und S. 310. 311 (jedoch unter Anerkennung, daß zum Erwerbe der mit der Detention der dienenden Sache verbundenen persönlichen Dienstbarkeiten Detention genüge).

[6] Es ist also nothwendig: 1) überhaupt der Wille, eine Herrschaft über

erworben werden, so ist erforderlich, daß der Vertreter nicht seinen eigenen[7], sondern des Vertretrenen Willen[8] gegen die Sache habe geltend machen wollen, und zwar nicht kraft eigenen Rechtes[9]. Besitzeswille des Vertretenen wird natürlich auch hier

---

die Sache auszuüben (l. 1 §. 6 l. 7 D. de itin. 43. 19, Seuff. Arch. XX. 212, XXV. 9); 2) der Wille, eine eigene Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6). Eine eigene Herrschaft übt aber auch derjenige aus, welcher ein fremdes Recht kraft eigenen Rechts ausübt, wie z. B. eine Grunddienstbarkeit kraft Nießbrauches an dem herrschenden Grundstück. L. 3 §. 5 D. de itin. 43. 19, l. 2 §. 3 si serv. 8. 5, vgl. l. 22 D. quemadm. serv. 8. 6. Und wer ein fremdes Recht precario ausübt, wird, was den Besitzesschutz angeht, als Besitzer des Rechts in derselben Weise anerkannt, wie als Sachbesitzer anerkannt wird, wer eine Sache precario empfangen hat (§. 154 Num 2). L. 1 §. 11 D. de itin. 43. 19. Abweichend in Betreff der beiden hier genannten Fälle Randa S. 284—286. Dagegen ist 3) nicht erforderlich der Wille, die eigene Herrschaft als Recht, als eine rechtlich begründete, auszuüben. Denn auch der Sachbesitz erfordert nicht den Willen, die Herrschaft über die Sache als eine rechtlich begründete auszuüben (§. 149 Note 5). Die ungenaue Ausdrucksweise in l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 7 D. de itin. 43. 19 erklärt sich leicht daraus, daß regelmäßig der Wille eine eigene Herrschaft auszuüben, mit dem Willen ein eigenes Recht auszuüben, zusammenfallen wird. A. M. B. David in der Allgem. Oesterreich. Gerichts-Zeitung 1870 Nr. 76—78. Wäre diese Meinung richtig, so müßte jede Klage wegen Störung im Rechtsbesitz zurückgewiesen werden, in welcher nicht behauptet wäre, daß die behaupteten Handlungen unter Behauptung der Rechtszuständigkeit vorgenommen worden seien. Ebensowenig ist, wenn der Wille auf Rechtsausübung gerichtet gewesen ist, 4) erforderlich, daß er gerade auf Ausübung eines Rechts an fremder Sache gerichtet gewesen sei. Seuff. Arch. VII. 154, VIII. 292, XVII. 14, XX. 19, XXII. 23, XXVII. 98. Für das Gegentheil das. VIII. 220. 236, XXII. 22. Vgl. XIV. 96. Ueber das Ganze: Elvers a. a. O. S. 681—685, Randa §. 25. In Betreff des Beweises s. Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 243 fg., Randa S. 280—281; Seuff. Arch. V. 255, IX. 133. 134, XIV. 14. 211, XV. 108, XIX. 216, XX. 19. 210. 211, XXII. 219. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 104.

[7] L. 1 §. 8 D. de itin. 43. 19.

[8] L. 1 §. 7. 11 l. 3 §. 4 D. de itinere 43. 19. Seuff. Arch. II. 11, XIV. 212; II. 11, III. 11; III. 10, IV. 205; XII. 231; XIII. 84; XXIII. 214. Vgl. auch XIX. 127. Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 36 fg. — Merkwürdig ist die Entscheidung der l. 1 §. 11 D. de itin. 43. 19, daß es (den rechten Besitzeswillen des Vertretenen vorausgesetzt) nicht schaden soll, daß der Vertreter precario gehandelt habe.

[9] L 3 §. 4 eod.: — „per fructuarium autem interdictum hoc domino

vorausgesetzt[10]. — Verloren wird der Rechtsbesitz, wie der Sachbesitz, nicht durch Unterbrechung der Verwirklichung des zu seinem Erwerbe erforderlichen körperlichen Verhältnisses zur Sache[11], sondern erst dadurch, daß die Wiederverwirklichung dieses Verhältnisses dem Besitzer unmöglich[12], oder aus einem andern Grunde von ihm bleibend unterlassen wird[13]; ferner durch Aufgabe des Besitzeswillens[14].

non competere, Iulianus ait." Vgl Note 6. Randa S. 295. 340 meint, es werde in der genannten Stelle Mangel des Besitzeswillens beim Eigenthümer vorausgesetzt; danach würde die Stelle sagen, daß „per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites" Besitz ohne Besitzeswillen erworben werden könne.

[10] Die Meinung, daß Jemandem der Besitz einer Grunddienstbarkeit durch einen Vertreter ohne eigenen Besitzeswillen erworben werden kann, wenn die Ausübung nur fundi nomine geschehen sei (Unterholzner Verjährungslehre II §. 194, Seuff. Arch. II. 135, XII. 231, XXIV. 218) ist ohne Grund. S. l. 1 §. 11 D. de itinere 43. 19. Randa S. 304; Seuff. Arch. III. 10. 11, IV. 205. Anders was die Fortsetzung des Besitzes angeht. S. Note 12.

[11] Also nicht durch Unterbrechung der Ausübung derselben. Wenn es in l. 14 pr. D. de serv. 8. 1 heißt: „nemo .. tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur", so ist das eine Betrachtung, welche lediglich zu dem Zwecke angestellt wird, um die Unzulässigkeit der usucapio bei Servituten theoretisch zu erklären, welche aber weder für die Servitutenersitzung, noch für den Interdictenschutz bei den Servituten die geringste praktische Bedeutung gewonnen hat. — Savigny S. 577. 586 (474. 481) nimmt an, der Besitz von persönlichen Dienstbarkeiten und von solchen Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, sei bei Unterbrechung der Ausübung in suspenso; werde die Ausübung innerhalb der für den Verlust des Rechts durch Nichtsausübung festgesetzten Zeit wiederholt, so sei der Besitz nie, widrigenfalls von allem Anfang an verloren gewesen. Uebereinstimmend Heerwart S. 157; dawider Puchta kl. civil. Schriften S. 454, Böcking §. 126 Note 27, Randa §. 34 Note 1. Der Irrthum, welcher dieser Ansicht zu Grunde liegt, ist der, daß der Verlust jener Dienstbarkeiten an fortgesetzten Nichtbesitz angeknüpft sei. Vgl. §. 216 Note 2a. Uebrigens hat Savigny selbst in der 6. Aufl. diese Ansicht, was den Ersitzungsbesitz angeht, aufgegeben.

[12] Bei Grunddienstbarkeiten tritt Unmöglichkeit der Ausübung auch mit dem Verlust des Besitzes des herrschenden Grundstücks ein. Unterholzner Verjährungslehre II §. 177, Puchta kl. civil. Schriften S. 455, Böcking §. 126 Note 26, Randa §. 35 Note 11. Oeffentliches Verbot: Seuff. Arch. XXII. 11.

[13] Vgl. l. 37 §. 1 D. de usurp. 41. 3 und §. 156 Note 7, §. 213

## §. 164*.

Was den Schutz des Rechtsbesitzes angeht, so ist zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

1. Ist der Rechtsbesitz mit der Detention der beherrschten Sache verbunden, wie z. B. der Besitz des Nießbrauchs, so finden die Grundsätze über Störung und Entziehung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung[1].

2. Stellt der Rechtsbesitz sich dar in einer Veranstaltung an einer Sache, welche wir im juristischen Besitze haben, so z. B. wenn an dem von uns besessenen Hause ein Vorbau angebracht ist, welcher über des Nachbarn Grundstück hinüberragt, so ist jeder Eingriff in den Rechtsbesitz Störung des Sachbesitzes[2].

---

Note 3. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 214, Elvers S. 679. 680, Randa §. 33 Note 4, Savigny S. 579 Note 2 (475 Note 2) (was den Ersitzungsbesitz angeht), Ihering S. 150 (174) fg.

[14] Da der Besitzeswille vorhanden ist, so lange er nicht aufgegeben ist (§. 156), so folgt, daß Besitzhandlungen, welche im Namen eines Anderen vorgenommen werden, was die Fortsetzung des Besitzes angeht, dem Anderen anzurechnen sind, auch wenn sie ohne seinen Willen vorgenommen worden sind. S. l. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 5. 6. 16. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. Randa S. 340. 346.

* Vgl. zum Folgenden außer den zum vorigen §. Citirten noch Holzschuher II S. 54 fg.

[1] Interdictum unde vi bei der Superficies: l. 1 §. 5 D. de vi 43. 16; bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 3 §. 13—17 l. 9 §. 1 l. 10 D. eod., l. 60 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de don. 39. 5. Interdictum uti possidetis bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 4 D. uti poss. 43. 17. Bei Superficies ein besonderes interd. de superficiebus, aber ganz nach den Grundsätzen des interd. uti possidetis: l. 1 pr. §. 2 D. de superfic. 43. 18 (Rudorff. Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 229—231). Auch auf Nießbrauch und Gebrauchsrecht fand früher das interd. uti possidetis nur mit veränderter Formel Anwendung, und ebenso das interd. unde vi, Vat. Fr. §. 90. 91 (vgl. Bruns S. 86—88, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 340—346, Elvers Serv. S. 668—670). Ueberhaupt, und über den Besitzesschutz bei Superficies im Besonderen, Degenkolb Platzrecht und Miethe (1867) S. 55 fg. (vgl. Mandry krit. VJSchr. XII. S. 519 fg.). Interd. de precario: l. 2 pr. §. 3 D. de prec. 43. 26. Auch die nachrömischen Fortbildungen des Besitzesschutzes finden Anwendungen. §. 164.

[2] L. 3 §. 5. 6 D. uti poss. 43. 17, l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5. vgl. l. 20 pr. l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2. Andere bestreiten die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis für diesen Fall, und namentlich erklärt sich

3. Von den andern Fällen des Rechtsbesitzes sind im römischen Rechte folgende vorgesehen.

a) Besitz einer Wegegerechtigkeit[3]. Schutz gegen Störung derselben wird nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit in dem letzten Jahre wenigstens dreißig Mal ausgeübt worden ist[4], und zwar dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft[5]. Ueberdieß bezieht sich dieser Schutz nur auf den Besitz ländlicher Wegegerechtigkeiten[6]. Wer den schadhaft gewordenen Weg repariren will, kommt mit dem Beweise des Besitzstandes nicht aus, sondern muß das Recht selbst beweisen[7].

b) Besitz einer Wasserleitungsgerechtigkeit[8]. Schutz gegen

---

mit Eifer dagegen Vangerow I §. 335 Anm. 2 Nr. 2. b. c, vgl. auch Sintenis §. 65 Note 46. S. aber Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 349—352 und Anhang zu Sav. Nr. 170, Puchta Vorl. I S. 301. 302, Bruns S. 89, Schmidt Interd. S. 63. 64, Brinz S. 96, Arndts §. 192 Anm 4, Witte interd. uti possidetis S. 102—105, Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 137 fg. 145 Note 122.

[3] Dig. 43. 19 de intinere actuque privato. — Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1: Versuch einer ausführlichen exegetisch praktischen Darstellung des possessorischen interd. de itinere actuque privato (1826). Althof das interd. de itinere actuque privato (1836). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII S. 463 fg.

[4] L. 1 pr. §. 2 D. h. t. Dabei können aber auch die Ausübungsacte desjenigen, von dem man das herrschende Grundstück erworben hat, gerechnet werden. L. 3 §. 6—10 l. 6 D. h. t., l. 2 §. 3 D. si serv. 8. 5, l. 2 §. 3 D. de interd. 43. 1. Die von Althof a. a. O. aufgestellte und von Vangerow I §. 355 Anm. 1 und Holzschuher II S. 59 gebilligte Erklärung der l. 1 §. 2 D. h. t., wonach nicht dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre, sondern nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre, aber von der Art, daß die erste von der letzten mindestens um dreißig Tage entfernt ist, erforderlich sein soll, ist nicht zur Anerkennung gelangt. Seuff. Arch. XXII. 46.

[5] L. 1 pr. §. 12 l. 3 §. 2 D. h. t. Seuff. Arch. XIX. 45.

[6] L. 1 §. 1 D. h. t.

[7] L. 3 §. 11. 13 D. h. t. Daneben ist aber auch actio confessoria zulässig, bei welcher Beweis des Besitzstandes nicht erforderlich ist, l. 4 §. 5 si serv. 8. 5. Ihering Geist des römischen R. III S. 30 Note 9. — Ist das Interdict nichtsdestoweniger possessorisch (welche Frage für das heutige Recht in Betreff der Prozeßform Bedeutung hat)? Dafür Brinz S. 91. 92, Rudorff zu Puchta §. 139. h; a. M. Savigny S. 598 (490), Sintenis I §. 65 Anm. 27.

[8] Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva. Seuff. Arch. XXVI. 110.

Besitzesstörung wird hier schon gewährt, wenn die Gerechtigkeit im letzten Jahre nur einmal ausgeübt worden ist[9]. Ist die Wasserleitung bestimmt, bloß im Sommer oder bloß im Winter benützt zu werden, so genügt einmalige Ausübung in diesem oder dem letzten Sommer bez. Winter[10]. Auch hier muß die Ausübung dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft, überdieß aber in gutem Glauben geschehen sein, und zwar darf der Irrthum dabei kein Rechtsirrthum gewesen sein[11]. Um zur Reparatur der Wasserleitung zugelassen zu werden, ist Beweis des Rechts nicht erforderlich[12].

c) Nach gleichen Grundsätzen wird der Besitz einer Wasserschöpfgerechtigkeit geschützt[13].

d) Gegen Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung eines zur Fortschaffung des Unraths dienenden Abzugsgrabens wird possessorischer Schutz gewährt, ohne daß der Gegner sich mit der Einrede des fehlerhaften Besitzes vertheidigen könnte[14].

4. Für die hier nicht genannten Fälle des Rechtsbesitzes kann aus dem römischen Rechte ein Schutz gegen Störung nicht hergeleitet werden[15]. Im Mittelalter aber sind auf dieselben

---

[9] L. 1 pr. §. 4. 22 h. t. Seuff. Arch. XIX. 233.

[10] L. 1 §. 3. 29—36 l. 6 D. h. t. — In dem einen und dem andern Falle werden die Ausübungsacte des Rechtsvorgängers angerechnet, l. 1 §. 37 D. h. t.

[11] L. 1 pr. §. 10. 19. 39 D. h. t. Seuff. Arch. XXII. 146 versteht dieses Erforderniß als animus iuris exercendi; dagegen spricht entschieden, daß Rechtsirrthum nicht helfen soll.

[12] Dig. 43. 21 de rivis.

[13] Dig. 43. 22 de fonte.

[14] Dig. 43. 23 de cloacis. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV S. 51—58. 76—89; aber auch Brinz S. 94. 95.

[15] Namentlich nicht für die Fälle, wo der Besitzeswille darauf geht, daß mit der Sache etwas nicht vorgenommen werde. Mit Unrecht hat man für diesen Fall die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis behauptet. Dagegen spricht l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1 (vgl. II §. 465 Note 18 g. E.). Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI S. 349—353 (aber auch Zusatz zu Puchta §. 396. d), Heerwart Zeitschr. f. Civ. und Pr. XII S. 146—166. 282—290, Bruns S. 89—93. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis auf Grunddienstbarkeiten überhaupt geben Pfeiffer prakt. Ausf. VII. 1 S. 419—443 und Vangerow I §. 355 Anm. Nr. 2.

in Theorie und Praxis ganz allgemein sowohl die römischen Interdicte, als die neu gebildeten Rechtsmittel, Spolienklage, possessorium ordinarium und summarium, angewendet worden[16]. Gegen die Zulassung der Spolienklage hat auch Savigny[17] keine Einwendung erhoben; nur verlangt er Ausbildung derselben für die einzelnen Fälle nach Analogie des römischen Rechts, welche Forderung noch bestimmter Puchta gestellt hat[18].

---

# Drittes Kapitel.

## Die Rechte an Sachen im Allgemeinen.

### §. 165.

Die Haupteintheilung der Rechte an Sachen oder der dinglichen Rechte ist in §. 145 bereits angegeben worden; es ist die Eintheilung in Eigenthumsrecht und Rechte an fremder Sache[1].

---

[16] Bruns §. 15. 24—26. 29. 34. 44. (S. 383. 384). 45 (S. 407. 408).

[17] Besitz S. 589. 630—634 (483. 517—521).

[18] Pand. §. 139 a. E. S. auch Brinz S. 98 und ausgeführter Heerwart a. a. O. S. 179—212; Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 179. Die Idee ist übrigens keine neue, Bruns S. 412 Note 4. Ueber die neuere Praxis s. Bruns S. 422. 423, Pfeiffer a. a. O. 433 fg., Buchka und Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock III Nr. 26, Kierulff Entsch. des OAG. zu Lübeck 1865 S. 253 fg. Seuff. Arch. V. 171, VII. 182, XIX. 233, XXII. 46, XXVII. 92. Darüber, daß, wo das römische Recht besondere Regeln für den Schutz des Rechtsbesitzes aufgestellt hat, auch nur diese zur Anwendung zu kommen haben, ist heutzutage in der Theorie kein Streit mehr. Vgl. Buchka und Budde a. a. O. S. 84, Pfeiffer a. a. O. S. 441. — Gewalt ist zur Besitzstörung nicht erforderlich. Vgl. Bruns Bes. S. 204 fg. 280. 384. 397. Besitzkl. S. 250 fg. Seuff. Arch. I. 224; II. 50, III. 56 267, XXIV. 213; vgl. auch II §. 464 Note 7.

§. 165. [1] Die Römer haben zur Bezeichnung des Eigenthumsrechts zwei Aus- Ausdrücke: proprietas und rerum dominium oder dominium schlechthin (vgl. l. 1 §. 1 D. de SC° Sil. 29. 5, l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Der Ausdruck dominium wird aber auch in weiterem Sinne für die civilrechtliche Zuständigkeit eines Rechts überhaupt gebraucht, so dominium ususfructus und selbst proprietatis, vgl. z. B. l. 3 D. si ususfr. 7. 6, l. 17 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 48 pr. D. de her. inst. 28. 5. — Für die Rechte an fremder Sache

Die im römischen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache sind im Einzelnen: die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis und die Superficies, das Pfandrecht. Von den genannten Rechten wird im Besonderen in Kap. 4—7 dieses Buches gehandelt werden Die allgemeinen Grundsätze, welche sich für sie aufstellen lassen, sind nicht zahlreich. Wenn früher als allgemeines Erforderniß für den Erwerb der dinglichen Rechte das Vorhandensein von titulus und modus acquirendi bezeichnet wurde, so ist diese Lehre längst aufgegeben[2]. Dagegen läßt sich über den Verlust der dinglichen Rechte einiges Allgemeine sagen. Die dinglichen Rechte gehen unter durch den Untergang der Sache, an welcher sie stattfinden[3], so wie dadurch, daß diese Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist (§. 146)[4]. Rechte an wilden Thieren gehen dadurch unter, daß dieselben ihre natür-

---

haben die Römer eine ausgebildete technische Bezeichnung nicht, obgleich der Ausdruck ius in re aliena weit davon entfernt ist, unlateinisch zu sein. In einigen wenigen Stellen (l. 30 D. de nox. act. 9. 4, l. 13 §. 1 l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2) wird das Recht an fremder Sache ius in re schlechthin genannt (ius praedii, l. 3 §. 4 D. de reb. eor. 27. 8, vgl. übrigens auch l. 8 D. de aqua et aquae 39. 3). Wenn Neuere diese Bezeichnungsweise mit Vorliebe zu einer technischen ausgebildet haben, so ist dieß nicht zu billigen, nicht bloß deswegen nicht, weil sie undeutsch ist, sondern auch deßwegen nicht, weil sie ihren Grund in der unjuristischen Auffassung hat, welche statt des Eigenthumsrechts die Sache nennt, an welcher dasselbe stattfindet, rem habere — ius habere (§. 42 zu Note 4). (Anders Brinz §. 49, welcher ius in re als Recht „auf" dem Eigenthumsrecht, und Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 60, welcher es als „Herrschaft über die Brauchlichkeit der Sache", und somit „in re haerens s. consistens" faßt.)

[2] Hugo civil. Magazin I. 11. IV. 6, Thibaut civil. Versuche I. 11; Unger II S. 8—12. Vgl. übrigens auch Voigt condictiones ob causam S. 174—177. Ausführliche Dogmengeschichte bei Fr. Hofmann die Lehre von titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis (Wien 1873) S. 3—41.

[3] L. 23 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 C. de iure emph. 4. 66.

[4] Nach römischem Rechte gehen auch dadurch, daß eine Sache in die Gewalt der hostes gelangt, alle an derselben bestehenden Rechte unter; gewisse Sachen aber haben das Privilegium, daß, wenn sie zurückgewonnen werden, sie in ihr früheres Rechtsverhältniß wieder eintreten. Dig. 49. 15, Cod. 8. 51. Ueber die heutzutage in dieser Beziehung geltenden Grundsätze s. §. 184 Note 13.

liche Freiheit zurückerlangen[5]. Eine singuläre Bestimmung ist, daß durch Veräußerung des Fiscus, so wie des Landesherrn und seiner Gemahlin, der Erwerber in diejenige rechtliche Lage kommt, in welche der Veräußernde ihn hat bringen wollen; alle damit in Widerspruch stehenden Rechte an der Sache gehen daher unter, und hinterlassen nur einen binnen vier Jahren geltend zu machenden Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer[6].[7] — Was in diesem Zusammenhange noch als Lehre von der „Revocabilität dinglicher Rechte" vorgetragen zu werden pflegt, gehört nicht an diesen Ort[8].

---

[5] L. 3 §. 2 l. 4. 5 pr. §. 4—6 D. de A. R. D. 41. 1 (§. 12. 14—16 I. de R. D. 2. 1).

[6] L. 2. 3 C. de quadr. praescr. 7. 37, §. ult. I. de usuc. 2. 6. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 3—9, Sintenis I §. 39 Note 4; Seuff. Arch. V. 108, IX. 263, XXI. 13. Gegen die heutige Anwendbarkeit: V. 109; für Beschränkung auf Sachen, die sich in gutgläubigem Besitz des Fiscus befinden, XIV. 207. Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 266 Note 19.

[7] Nach dem HGB. Art 306 gehen die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen auch dadurch unter, daß die Sachen von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben werden, vorausgesetzt: a) redliches Bewußtsein (Unbekanntschaft mit dem betreffenden dinglichen Recht) auf Seiten des Erwerbers; b) daß die Sache nicht gestohlen oder verloren sei. Bei Papieren auf den Inhaber fällt die letztere Voraussetzung, so wie die Nothwendigkeit der Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetriebe weg. Vgl. auch Art 305, so wie Art. 74 der WO. und über das Ganze den Aufsatz von Goldschmidt Zeitschr. f. HR. VIII S. 225 fg. IX S. 1 fg. und dens. Handelsr. I S. 811 fg.

[8] Von Revocation dinglicher Rechte spricht man da, wo der Verlust derselben eintritt mit Rücksicht auf die Art und Weise ihres Erwerbes, z. B. in Folge einer den Erwerb begleitenden auflösenden Bedingung oder Befristung; ein anderes Beispiel gewährt der mit der Wiederverheirathung eintretende Verlust des Gewinnes aus der ersten Ehe: dieser Verlust hat zwar seinen Grund in der zweiten Ehe, aber dieselbe führt einen Verlust auch nur in Betreff des in jener Weise Erworbenen herbei. Vgl. noch l. 3 §. 3 C. de iure dom. impetr. 8. 34. Von dem Fall der auflösenden Bedingung und Befristung ausgehend hat man dann auch den Fall hierher gezogen, wo ein dingliches Recht verloren wird kraft des Eintritts der aufschiebenden Bedingung oder Befristung, unter welcher es einem Andern übertragen worden ist. Gelehrt wird von der Revocation nun Folgendes: dieselbe könne sein 1) eine directe oder eine indirecte, je nachdem das dingliche Recht ohne Weiteres (ipso iure) verloren oder nur ein Forderungsrecht auf Aufgeben (Uebertragung) desselben begründet werde; 2) eine revocatio ex tunc oder eine revocatio ex nunc, je nachdem

## §. 166.

Eine besondere Hervorhebung verdient aber noch Folgendes. Die dinglichen Rechte werden, wie von ihrem Schatten, von einem andern Verhältniß begleitet; es ist dieß das Verhältniß dessen, dem das dingliche Recht nicht zusteht, der aber der redlichen und durch Thatsachen gerechtfertigten Ueberzeugung ist, daß es ihm zustehe[1]. An dieses Verhältniß sind wichtige recht-

---

der Verlust des dinglichen Rechts mit rückwirkender Kraft eintrete oder ohne dieselbe. Es liegt aber auf der Hand, was den ersten Punkt angeht, daß in die Lehre von den dinglichen Rechten nicht der Satz gehört, daß den sie beendigenden Thatsachen (hier: Aufgeben des Berechtigten) ein Forderungsrecht auf Bewirken dieser Thatsachen vorhergehen könne; und was den zweiten Punkt angeht, so gelten für die Rückwirkung der Revocation keine anderen Grundsätze, als für die Rückwirkung überhaupt. Wenn man hervorhebt, daß, wo die Revocation rückwirkende Kraft habe, mit derselben auch alle auf Grund des revocirten Rechts weiter verliehenen Rechte aufhören (resoluto iure dantis resolvitur ius concessum), so ist auch das nichts, was bloß für die dinglichen Rechte wahr wäre (Beispiel: derjenige, dem ein Forderungsrecht unter einer auflösenden Bedingungen übertragen worden ist, hat dasselbe verpfändet, die Bedingung tritt ein), obgleich es ohne Zweifel beim Eigenthum eine besonders wichtige Anwendung findet. Ueberdieß ist zu bemerken, daß dieser Hinfall der Verfügungen der Zwischenzeit durchaus nicht nothwendig voraussetzt, daß das Recht, auf Grund dessen sie getroffen worden sind, mit rückwirkender Kraft wieder aufhöre, wie es denn z. B. in gleicher Weise unzweifelhaft ist, daß er auch in Folge der auflösenden Befristung eintritt, und daß die auflösende Befristung rückwirkende Kraft nicht hat. Nichtsdestoweniger setzt man auch wohl das Wesen der revocatio ex tunc geradezu darein, daß sie die Verfügungen der Zwischenzeit mit ergreife. — Manche fassen den Begriff der Revocation enger, und verstehen darunter bloß den Verlust des dinglichen Rechts durch auflösende Bedingung oder Befristung. Auch in dieser Fassung hat die Lehre von der Revocabilität dinglicher Rechte keine Berechtigung, da von der auflösenden Bedingung oder Befristung besondere Grundsätze, wenn überhaupt für irgend ein dingliches Recht, jedenfalls nicht für die dinglichen Rechte überhaupt gelten. — Vgl. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 2. (1844), Böcking II §. 156, Puchta §. 142, Arndts §. 128, Vangerow I §. 301 Anm. in der 7. Aufl. (wo die Idee Fitting's [§. 67 Note 2] adoptirt ist, daß die Rückwirkung nichts sei, als Declaration des von allem Anfang wirklich vorhanden gewesenen Rechtszustandes, s. dawider Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. III S. 37 fg.).

[1] Die Formel ist nicht erschöpfend richtig: doch genügt sie für diesen Ort. S. die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung (§. 176). § 166.

liche Folgen angeknüpft, vor Allem die, daß dasselbe dritten Unberechtigten gegenüber ganz die gleiche rechtliche Macht gewährt, wie das wirklich vorhandene Recht. Tritt ferner Besitz hinzu[2], und dauert derselbe eine gewisse Zeit, so entsteht das Recht selbst. Doch findet weder der eine, noch der andere dieser Sätze eine unbedingte Anwendung bei allen dinglichen Rechten. Jene redliche Ueberzeugung hat aber ferner noch die Folge, daß sie von aller Verantwortung für die über die Sache getroffenen Verfügungen entbindet, welcher Satz beim Eigenthum in Betreff der Früchte der Sache noch einen besonderen Ausdruck erhalten hat[3]. Kraft dieser an den guten Glauben angeknüpften rechtlichen Vortheile ist das dingliche Recht, welches man zu haben redlicherweise glaubt, nicht weniger Bestandtheil des Vermögens, als dasjenige, welches man wirklich hat[4], woraus sich im Einzelnen noch mannichfache Consequenzen ergeben[5]. Alles dieses erscheint in besonderer Ausbildung beim Eigenthum. Das Nähere gehört nicht hierher, sondern in die besondere Lehre theils von den einzelnen dinglichen Rechten, theils von den Rechtsverhältnissen, für welche sich jene Consequenzen geltend machen; doch mußte hier auf den allgemeinen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht werden.

---

[2] Für die zuvor bezeichnete rechtliche Macht ist der Besitz als solcher keineswegs erforderlich, und daher ist es eine incorrecte, wenn gleich auch den Quellen geläufige Ausdrucksweise, wenn man sie als Folge der „bonae fidei possessio" bezeichnet. S. die Lehre von der Publiciana actio (§. 199).

[3] S. §. 186.

[4] L. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 52 D. de A. R. D. 41. 1.

[5] L. 136 D. de R. I. 50. 17 sagt: „Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est". Eine lehrreiche Erläuterung dieses Satzes, welcher sich freilich nur als Resultat einer historischen Entwickelung darstellt, gibt für das Eigenthum Jhering Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 88—121. Beispiele seiner Anwendung: der putative Eigenthümer hat die actio communi dividundo (l. 7 §. 2 comm. div. 10. 3), eine actio in factum wegen Beschädigung nach Analogie der lex Aquilia (l. 11 §. 8 l. 17 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2), es geht gegen ihn die actio quod iussu, tributoria, de peculio (l. 1 §. 8 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 5 D. de trib. act. 14. 4, l. 1 §. 6 D. de pec. 15. 1), wenn der putative Eigenthümer etwas als Vater zur Dos gibt, so ist es dos profecticia (l. 6 §. 1 D. de I. D. 23. 3) rc. rc. Vgl. auch §. 181 Note 4. 5.

# Viertes Kapitel.

## Das Eigenthum*.

### I. Begriff, Inhalt, Gegenstand.

§. 167.

Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt Eigenthum Eigenthumsrecht[1]. Daß aber Jemandem eine Sache eigen ist, will sagen, daß sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Beziehungen. Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2) ein Anderer darf gegen seinen Willen über die Sache nicht verfügen (positive — negative Seite des Eigenthums). Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen,

---

* Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 1—402 (1817). — Pütter die Lehre vom Eigenthume nach deutschen Rechten (1831). — K. Sell Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte. I. Theil. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten oder Sachenrechten überhaupt (1852); vgl. darüber Dernburg in der Heid. krit. Zeitschr. I S. 138—158. — Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abtheilungen (1857—1859). — Eine so gut wie monographische Darstellung der Lehre vom Eigenthum enthält auch Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band (1857).

[1] Leist (civilistische Studien 3. Heft: über die Natur des Eigenthums [1859]) sucht den Gedanken zu begründen, daß zwischen Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) und Eigenthumsrecht unterschieden werden müsse. Das Eigenthum (Eigenthumsverhältniß) sei von der Autorität des positiven Rechts unabhängig, es stelle sich dar als „naturaler, factisch bestehender Verkehrsorganismus", und verleihe zwar keine Rechte, aber doch „materielle Befugnisse". S. dagegen Windscheid krit. VJSchr. I S. 294 fg., Böcking Grundr. II §. 2 Anm. (aber auch wieder: Leist naturalis ratio und Natur der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift über die Natur des Eigenthums. 1860). Etwas äußerlich Aehnliches findet sich bei Pagenstecher I §. 1 (s. Note 5). §. 167.

welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen, z. B. die Befugniß, die Sache zu gebrauchen und zu nützen, die Befugniß, jeden Dritten von aller Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, die Befugniß, sie von jedem dritten Besitzer abzufordern, die Befugniß, ihr rechtliches Schicksal zu bestimmen (Veräußerungsbefugniß). Aber man darf nicht sagen, daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe, daß es eine Verbindung einzelner Befugnisse sei. Das Eigenthum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Aeußerungen und Manifestationen dieser Fülle[2].

Das Eigenthum ist als solches schrankenlos[3]; aber es verträgt Beschränkungen. Aus der Gesammtheit der Beziehungen, in welchen kraft des Eigenthums die Sache dem Willen des Berechtigten unterworfen ist, kann durch eine besondere That des Rechts eine oder die andere Beziehung herausgenommen und dem Willen des Eigenthümers entzogen werden. Dadurch hört er nicht auf, Eigenthümer zu sein[4]; denn es ist immerhin wahr, daß er ein Recht hat, welches als solches seinen Willen entscheidend macht für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, und welches

---

[2] In den früheren Ausgaben ist gesagt worden, das Eigenthum sei nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnisse, sondern ihre Einheit d. h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein habe (§. 1 Note 1, §. 42 Note 2, §. 57 Note 2, §. 137 Note 3), so sei auch das Eigenthum ein anderes Recht als diese einzelnen Befugnisse. Dieß ist ganz richtig; nur ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als seien die Eigenthumsbefugnisse das Prius und das Eigenthum das Posterius. Man darf bei der Bestimmung des Begriffs des Eigenthums von den einzelnen in ihm enthaltenen Befugnissen auch nicht ausgehen. Das Eigenthum entsteht nicht durch die Zusammenfassung einer Mehrheit von Befugnissen zu einer Einheit, sondern es sind umgekehrt die einzelnen Eigenthumsbefugnisse nur kraft des Eigenthums da.

[3] Es ist die Negation der Beschränkung.

[4] L. 25 pr. D. de V. S. 50. 16. „Recte dicimus, (eum) fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis (l. servitus) sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse". Vgl. §. 200 Note 3 g. E., II §. 342 Note 5, III §. 654 Note 5. 16. 18. 22.

[5] Man muß also in die vollständige Definition des Eigenthums die Kategorie des „an sich" aufnehmen. Das Eigenthum ist dasjenige Recht, welches

ihn jeder besonderen Rechtfertigung für irgend eine an der Sache denkbare Befugniß überhebt. Fällt die Eigenthumsbeschränkung weg, so entfaltet das Eigenthum sofort wieder seine ganze Fülle[6].

---

an sich den Willen des Berechtigten entscheidend für die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen macht. An sich; das will eben sagen: so lange das Recht den Spruch, den es in der Verleihung des Eigenthums gethan hat, nicht in dieser oder jener einzelnen Beziehung zurückgenommen hat. — Man hat sich in der neueren Zeit mit der Schwierigkeit, welche für die Bestimmung des Begriffs des Eigenthums daraus entsteht, daß dem Eigenthümer eine oder die andere der an der Sache denkbaren Befugnisse fehlen kann, ohne daß er aufhört, Eigenthümer zu sein, viel beschäftigt. Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen überein Arndts §. 130, Vangerow I §. 295 Anm. 1, Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. I S. 297 (361). In den früheren Auflagen dieses Lehrbuch's habe ich auf den Begriff der Einheit abgestellt; dieß findet seine Erläuterung, und soweit nöthig Correctur, in dem in Note 2 Gesagten. Andere Versuche, dem Wesen des Eigenthums gegenüber der bezeichneten Schwierigkeit gerecht zu werden, sind folgende. Böcking (II S. 9) sieht das Wesen des Eigenthums in „der Abstractheit und der manigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache" (er fügt hinzu „als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes"). Wirth (Beiträge zur Systematik des röm. R. §. 19—23 [1856]) glaubt damit helfen zu können, daß er das Eigenthum als „Pertinenzverhältniß" (im Gegensatz zu einem „Herrschaftsverhältniß") bezeichnet („die Sache ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes ego", S. 39). Aehnlich Rudorff zu Puchta Vorles. I §. 144 Anm. 2. „Das Eigenthumsrecht ist als das Herrschaftsverhältniß zu fassen, vermöge dessen eine Sache einer Person rechtlich gehört". Pagenstecher I §. 1 definirt das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person"; von Eigenthumsrecht und Rechten des Eigenthümers will er gar nicht geredet wissen; die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse würden zu „Rechten" erst dann, wenn der Nichteigenthümer sie erwerbe. Nach Girtanner (Jahrb. f. Dogm. III S. 67—72. 83—95. vgl. S. 242. 245. 295 fg.) ist das Eigenthum „das Recht an der Bestimmung der Sache", die Bestimmung der Sache ist aber, „in dem rechtlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen". Vgl. Leist (civ. Studien III S. 49 fg. S. 11. 25. 46. 78. 132): im Eigenthum „identificirt" das Subject die Sache oder die Sache „geht im Individuum auf"; „der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit . . . wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach subjectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirte objectivirt wird"; „die Sache ist materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen"; die Sache ist vollständig vom Subject assimilirt"; „der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbst-

Die Eigenthumsbeschränkungen sind von doppelter Art. Entweder beruhen sie auf einer allgemeinen Rechtsregel, oder auf dem erworbenen Rechte eines Dritten. Von den Eigenthumsbeschränkungen der ersten Art wird sofort näher gehandelt werden (§. 169); die Darstellung der Eigenthumsbeschränkungen der zweiten Art geht in der Darstellung der Rechte, auf welchen sie beruhen, auf (Kap. 5—7)[7].

## §. 168.

Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. Dieß erleidet nur insofern eine Abweichung, als auch eine Gesammtheit von körperlichen Sachen den Gegenstand des Eigenthums bilden kann (§. 137 Note 4). Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck res incorporalis bezeichnet, nicht geredet werden. Res incorporales in diesem Sinne sind Rechte (§. 42); wenn man Jemandem Eigenthum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß man diese Rechte als ihm zustehend bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses Recht zu, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte. Indem man die rechtliche Zuständigkeit eines Rechts als Eigenthum an einem Rechte bezeichnet, gibt man Veranlassung zur Uebertragung der für das Eigenthum geltenden Grundsätze auf Rechte, für welche andere Grundsätze maßgebend sind[1]. In demselben

---

ständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein". S. ferner noch Note 7.

[6] S. z. B. §. 4 I. de usufr. 2. 4, l. 3 §. 2 l. 54 D. eod. 7. 1, l. 3 pr. C. eod. 3. 33.

[7] Man findet wohl die Auffassung, daß die Eigenthumsbeschränkungen dieser letzteren Art Beschränkungen nicht sowohl des Eigenthums, als seiner Ausübung seien, und auch dieser Gesichtspunkt ist zur Lösung der in Note 5 bezeichneten Schwierigkeit verwerthet worden. Bremer Pfandrecht und Pfandobject S. 144 Note 1, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 55, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 297 (361). Dagegen Bürkel krit. VJSchr. XI S. 212. Vgl. auch §. 169 Note 1.

§. 168. [1] Doch vertheidigen den Ausdruck in diesem weiteren Sinn Bähr Jahrb. f. Dogm. I S. 361. 373. 401, Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 52, Schott der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 42. Daß auch die Quellen den Ausdruck dominium in diesem Sinne ge-

Sinne ist gegen den Ausdruck geistiges Eigenthum zu warnen; Geistesproducte sind Dinge ganz anderer Art, als körperliche Sachen, und dürfen daher nicht mit diesen unter die gleichen Regeln gestellt werden (§. 137 Note 10). —

Das Eigenthumsrecht an Grundstücken erstreckt sich auf den unter und über dem Grundstück befindlichen Raum, so wie auf die unter der Erdoberfläche befindlichen Fossilien[a].

## II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums*.

### §. 168.

Die rücksichtslose Durchführung der Consequenz des Eigenthumsbegriffes ist ohne erhebliche Uebelstände nicht möglich; kein positives Recht wird umhin können, von dieser Consequenz Dieses oder Jenes abzubrechen, so daß der Eigenthümer in dieser oder jener Beziehung über seine Sache nicht verfügen darf, in dieser oder jener Beziehung sich die Verfügung eines Andern gefallen lassen muß. Das bei einer solchen Eigenthumsbeschränkung statt-

brauchen, ist bereits bemerkt worden (§. 165 Note 1). Vgl. Unger I S. 513 Note 8. — Ein von der bloßen Zuständigkeit verschiedenes Eigenthum an Rechten nimmt Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 278—306 in dem Sinne an, daß auf gewisse Rechte Grundsätze vom Eigenthum analogisch angewendet würden. Vangerow I §. 113 Anm. Nr. 2.

[a] S. §. 139 Note 3. Jhering Jahrb. f. Dogm VI S. 89 fg. beschränkt die Erstreckung des Eigenthums in die Höhe und die Tiefe auf das praktische Bedürfniß, das Interesse des Eigenthümers; ebenso Hesse das. S. 393 fg.: so weit der Raum „für die menschliche Kraft erreichbar und für das Eigenthum von Interesse ist". M. A. läßt sich diese Beschränkung nur vertheidigen aus dem Gesichtspunkt des Verbotes der Chicane, welchen Gesichtspunkt übrigens auch Jhering wiederholt geltend macht. Vgl. auch Dernburg Preuß. Privatr. I S. 452. — Was die Fossilien angeht, erleidet der aufgestellte Satz eine Ausnahme, so weit das Bergregal reicht. S. §. 169 Note 22, §. 186 Note 2.

* Dirksen Zeitschr. f. gesch. RW. II. 16 (1816). Bekker Jahrb. d. gem. R. V. 10 (1861). Werenburg Jahrb. f. Dogm. VI. 1 (1863). Jhering das. VI. 2 (1863). Hesse das. VI. 9 (1863). Hoffmann Arch. f. prakt. RW. N. F. I. 7 (1864). Pagenstecher I §. XIII—XV, Schmid I S. 17—32, Vangerow I §. 297—300, Sintenis I S. 476—478, Böcking II §. 140.

findende Rechtsverhältniß kann im Einzelnen noch verschieden sein. Es kann sein, daß der Eigenthumsbeschränkung eine Privatberechtigung gegenübersteht; aber nothwendig ist das nicht, wie z. B. wenn ein Gesetz für den Häuserbau die Einhaltung einer gewissen Höhe vorschreibt. Steht ihr eine Privatberechtigung gegenüber, so kann dieselbe entweder eine obligatorische[1], oder eine dingliche sein[2].

---

§. 169. [1] Eine obligatorische. In diesem Falle muß man aber, wenn man genau sein will, nicht von einer Beschränkung des Eigenthums, sondern von einer Beschränkung der Ausübung des Eigenthums reden. Vgl. §. 167 Note 7.

[2] Eine dingliche, also ein Recht an fremder Sache. Das Recht an fremder Sache ist eine mögliche Form der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung (a. M. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 140). Aber nicht alle Rechte an fremder Sache, welche auf Gesetz beruhen, sind gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen. Der gesetzliche Nießbrauch z. B., wie der des Vaters am Vermögen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder, hat mit der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung nichts gemein. Der Grund ist, weil hier das Recht das Principale ist, aus dem Recht die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt, während bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Beschränkung das Principale ist, das Recht nur deren Kehrseite. Daraus rechtfertigt sich der hier in Betreff des Ausdrucks gesetzliche Eigenthumsbeschränkung befolgte einengende Sprachgebrauch, während es freilich auf der Hand liegt, daß an und für sich auch bei dem auf Gesetz beruhenden Rechte an fremder Sache, wie bei jedem Rechte an fremder Sache, eine Eigenthumsbeschränkung vorhanden ist. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß, wenn man früher die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen geradezu als gesetzliche (Legal-) Servituten bezeichnete, man einen doppelten Fehler beging. So wenig wie jede gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eine gesetzliche Servitut ist, so wenig ist jede gesetzliche Servitut eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung. — Neuerdings hat Bekker (a. a. O. S. 151—154. 190. 191) die Scheidung zwischen der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung und der gesetzlichen Servitut in einer anderen Weise zu machen gesucht, als hier geschehen ist. Er nimmt eine gesetzliche Servitut in allen Fällen an, wo das Eigenthum durch eine gesetzliche Vorschrift nicht von vorne herein, kraft seiner bloßen Existenz, sondern erst kraft einer besonderen Thatsache, und (er scheint dieß als nothwendige Folge des Ersteren anzusehen) nicht gegen Jedermann, sondern nur einem bestimmten Subjecte gegenüber beschränkt sei, wenn auch das Recht dieses Subjects nur obligatorischen Schutz genieße. Ueber die Vereinbarkeit dieses Letzteren mit dem Begriff des dinglichen Rechts hat Bekker nähere Aufklärung in Aussicht gestellt (S. 206), welche abzuwarten sein wird (s. unt.): was sein Theilungsprincip angeht, so leuchtet dessen innere Berechtigung nicht ein, und überdieß wird es von Bekker nicht treu durchgeführt. Wenn er z. B. den Satz, daß der Eigenthümer das eingebaute

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind heutzutage nicht alle mehr praktisch[3]; die noch praktischen sollen im Folgenden genannt werden[4]. Eine besonders wichtige Gruppe unter ihnen bilden diejenigen, welche

---

Material nicht vindiciren darf, unter die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen stellt, den Satz hingegen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, auf welchem sich eine den Nachbar gegen Wasserschaden schützende Anlage befindet, nach zufälliger Zerstörung derselben die Wiederherstellung durch den Nachbar gestatten muß, unter die gesetzlichen Servituten (S. 159. 185), so scheint doch dort ebenso sehr wie hier das Eigenthum nicht von vorne herein, sondern erst durch eine besondere Thatsache (Einbauung — Anlage) beschränkt zu sein. Vgl. noch Elvers römische Servitutenlehre §. 33, Roth bayr. Civilr. II S. 232. 233. — Was die Vereinbarkeit des Begriffs des dinglichen Rechtes mit bloß obligatorischem Schutz angeht, so hat sich jetzt Bekker näher geäußert Aktionen II S. 364 fg. Ich bemerke hierzu Folgendes: ohne Zweifel kann die Rechtsordnung den praktischen Erfolg, das wirthschaftliche Resultat, eines dinglichen Rechts auch durch Verleihung obligatorischen Schutzes erreichen; im letzten Resultat lösen sich alle Rechte in Ansprüche gegen die Person auf. Aber damit hat sie denn auch die ganze Theorie der obligatorischen Rechte als maßgebend gesetzt, mit andern Worten: sie hat eben kein dingliches Recht. Es fehlt ihr das Centrum, in welchem die Ansprüche gegen die Person ihren Zusammenhalt finden und aus dem sie ausstrahlen.

[3] S. die bei Böcking I. A. 1. 2. C. 1. 2. II. B. 1 genannten. Vgl. übrigens Bekker S. 195. 196; auch Werenburg S. 40 Note 16 S. 46. Ueber die in deutschen Rechtsquellen vorkommenden — nicht gemeinrechtlichen — gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I §. 167, Gerber §. 86. 87, Beseler §. 93. Roth bayr. Civilrecht II S. 72 fg.

[4] Ist zu denselben nicht hinzuzufügen, daß der Eigenthümer bei Anlagen auf seinem Grundstück eine gewisse Grenze von des Nachbars Grundstück einhalten muß? Allerdings wird dieß in l. 13 D. fin. reg. 10. 1 im Princip anerkannt, ohne daß jedoch die Einzelnheiten des daselbst angeführten solonischen Gesetzes als römisches Recht bezeichnet würden. Vangerow a. a. O. Nr. 12, Sintenis I §. 47 Anm. 33, v. Langenn u. Kori Erörterungen II Nr. 23, Hesse in der in der folgenden Note citirten Schrift S. 287—291, Roth bayr. Civilr. II §. 126 Note 2. Seuff. Arch. V. 107, VII. 281; anders V. 141. — Keine Eigenthumsbeschränkung ist es, wenn der Eigenthümer zu einem Thun verpflichtet ist. Daher darf unter den Eigenthumsbeschränkungen nicht aufgeführt werden die Verpflichtung, eine einem Andern unentbehrliche Wegegerechtigkeit zu gewähren, welche Verpflichtung in einer einzelnen Anwendung in l. 12 pr. D. de rel. 11. 7 anerkannt ist. Der Eigenthümer ist hier zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet. Vgl. l. 14 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 und Bekker S. 109. 200.

im Interesse des Nachbarverhältnisses eingeführt sind (s. g. Nachbarnrecht[5]); mit ihnen wird hier begonnen[6].

1. Der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich von Seiten des Nachbars eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe oder in den darüber befindlichen Raum, z. B. durch Rauch, Dampf, Staub, wie sie die Folge der durch die Natur des benachbarten Grundstücks gegebenen gewöhnlichen Benützung ist, gefallen lassen[7].

---

[5] Hauptsächlich mit diesem Gegenstand beschäftigen sich die Abhandlungen von Werenberg, Ihering, Hesse und Hoffmann. S. außerdem Seuffert Erörterungen II Nr. 2, Hesse über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, namentlich Band 2 Abth. 2 (1862).

[6] An und für sich ist der Nachbar nicht genöthigt, auf die Interessen des Nachbars Rücksicht zu nehmen; er braucht sich z. B. beim Bauen nicht daran zu kehren, ob dadurch der Nachbar sein Licht verliert, beim Graben nicht daran, ob dadurch dem Nachbar das Wasser abgeschnitten wird (l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8. 9 C. de serv. 3. 34, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 12 D. de aqua et aquae 39. 3, [l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus dem Rechte des Vermächtnisses, l. 11 pr. D. de S. P. U. 8. 2 und l. 12 §. 1 C. de aed. priv. 8. 10 reden von einer Verjährung, vgl. l. 1 C. de serv. 3 24]). Seuff. Arch. XXVI. 107. Nur darf der Nachbar nach einem allgemeinen für die Rechtsausübung geltenden Grundsatz (§. 121 Note 3), was er thut, nicht zur Chicane des Nachbars thun; und ferner versteht es sich von selbst, daß er seine Sache nicht in einer Weise gebrauchen darf, daß dadurch auf die benachbarte Sache (oder den darüber befindlichen Raum [§. 139 Note 8, §. 168 Note 2]) eingewirkt wird, z. B. durch Eindringen von Rauch, Hinüberfliegen von Steinstücken (l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 1 §. 17 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 19 pr. [vgl. l. 18] D. de S. P. U. 8. 2). Man hat auch hierin eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung gesehen; Bekker (a. a. O. S. 166) sagt mit Recht, es sei dieß eben so wenig eine Eigenthumsbeschränkung, „wie es eine Eigenthumsbeschränkung des Herrn der Schafe ist, daß er sie nicht nach Belieben wo er will auf die Weide treiben darf". Umgekehrt ist es eine Eigenthumsbeschränkung, wenn der Nachbar von seinem Verbietungsrecht in dieser Beziehung keinen unbedingten Gebrauch machen darf; s. das im Text sogleich Folgende.

[7] Die für diese vielbesprochene Frage verwerthbaren Entscheidungen der Quellen sind folgende. 1) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück „fumum non gravem, puta ex foco" machen; dagegen darf er nicht: „ex taberna casearia fumum in superiora aedificia . . (immittere), nisi ei rei (serviunt)". L. 8 §. 5. 6 D. si serv. 8. 5. 2) Der Eigenthümer eines Hauses darf in demselben Wasser zu Bade- oder anderen Zwecken verwenden, wenn auch dadurch des Nachbars Mauer feucht wird, aber er darf keine Einrichtung treffen, die „as-

2. Ebenso muß er sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbars gefallen lassen, wenn diese Ausbauchung nicht über einen halben Fuß hinausgeht[8].

---

siduum humorem habeat". Arg. l. 19 pr. D. de S. P. U. 8. 2. 3) Unerlaubt ist die Anlegung einer Düngergrube, wodurch des Nachbars Mauer feucht wird. L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5 (nach der Auslegung, nach welcher die Stelle von der actio negatoria spricht, s. übrigens Bekker S. 185 fg.). Vgl. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 14. 25. Blätter für RAnwend., zweiter Ergänzungsband S. 37 fg. 4) Unerlaubt ist es, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu hauen („lapidem caedere", wohl: in einem Steinbruch), daß die Splitter auf des Nachbars Grundstück hinüberfliegen. L. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5. — Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten im Wesentlichen: Spangenberg Arch. f. civ. Pr. IX S. 270. 271, Bekker S. 166—167, Jhering S. 93. 104—105. 119—120, Hoffmann S. 278—280, Pagenstecher I S. 121, Schmid S. 18—19, Vangerow I §. 297 Anm. Nr. 2, Sintenis I §. 47 Note 31, Roth bayr. Civilr. II S. 41 fg. Seuff. Arch. III. 7, XV. 2 (Gasfabrik); VIII. 346 (Ziegelei); XI. 14 (Seifen- und Lichtfabrik); XI. 144 (Dampfmühle); XII. 124, XIII. 235, XIV. 208 vgl. X. 164 (Eisenbahnbetrieb, vgl. Kuntze zu Holzschuher II S. 98); XVIII. 11 (Lohschneidemaschine); IX. 218 (besondere Gewerbe und eigenthümliche Vorrichtungen im Allgemeinen); XXI. 208 (Rauchbelästigung überhaupt, auch ohne besonderes Gewerbe). Dagegen wird die Kategorie des aus der gewöhnlichen Benützung sich Ergebenden verworfen von Hesse a. a. O. S. 423 (s. auch Jahrb. f. Dogm. VIII S. 113 fg.), welcher seinerseits unterscheiden will (S. 383 fg. 400 fg., s. auch dens. Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 31 fg. II S. 41 fg.), ob die Einwirkung auf des Nachbars Grundstück eine nothwendige und unter allen Umständen eintretende Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist, so daß sie von dem Eigenthümer vorhergesehen werden konnte, oder nicht; in dem ersten Falle sei die Einwirkung unbedingt widerrechtlich, in dem zweiten Fall ein Schadensersatzanspruch nach dem Recht der cautio damni infecti begründet. Diese Unterscheidung zwischen den natürlichen und unmittelbaren, und den erst durch hinzutretende Umstände vermittelten Folgen der Thätigkeit des Eigenthümers wird auch in dem Urtheil des OAG. zur Rostock bei Buchka u. Budde Entscheidungen IV S. 108 fg. in der Weise verwerthet, daß dasselbe die actio negatoria für begründet nur gegenüber einer Einwirkung erklärt, welche die nothwendige Folge der Thätigkeit des Eigenthümers ist. S. auch Hagemann prakt. Erörterung VII S. 384 fg., Arch. f. prakt. RW. VII S. 479, Holzschuher II §. 91 Nr. 12. c. Dagegen Seuff. Arch. III. 7, IX. 218, XI. 114, XV. 2, XVI. 8, XVIII. 11, XXI. 208. — Vgl. noch XIV. 113, Blätter f. RAnwendung. XXXII S. 410 fg., XXXVI S. 392 fg. — Obrigkeitliche Concession der Anlage macht keinen Unterschied. Roth bayr. Civilr. II §. 48 Note 77. Doch schließt sie nach der deutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 §. 26 (die aber nicht

3. Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens herübergefallener Baumfrüchte an jedem dritten Tag (einen um den andern Tag) gestatten[9].

4. Einen Baum, welcher über des Nachbars Haus hinüberhängt, soll der Eigenthümer abschneiden; thut er es nicht, so muß er dem Nachbarn gestatten, es zu thun, und dieser darf dann das Holz für sich behalten. Hängt der Baum über ein fremdes Ackergrundstück hinüber, so soll der Eigenthümer die Aeste bis zur Höhe von 15 Fuß abschneiden, widrigensfalls dieselbe Folge eintritt[10].

---

für Bayern gilt) den Anspruch auf Einstellung des Gewerbebetriebes aus, und läßt, wenn die Beseitigung der nachtheiligen Einwirkungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar ist, nur einen Anspruch auf Schadloshaltung übrig. Vgl. Seuff. Arch. XXVI. 12.

[8] L. 17 pr. D. si serv. 8. 5. Besondere Meinungen bei Sintenis I §. 47 Note 33 a. E. (dagegen Vangerow §. 297 Nr. 9, Böcking Note 48), Pagenstecher S. 138, Bekker S. 167, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 127. XXII S. 180—184, Seuff. Arch. XXIII. 210.

[9] Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur — interdictum de glande legenda, Dig. 43. 28. Der Eigenthümer der Früchte muß aber Caution wegen etwaiger Beschädigung stellen. Ueber den Sinn des „tertio quoque die" ist Streit (ob Zwischenraum von einem oder zwei Tagen), vgl. Schmid I S. 22—23, Vangerow §. 297 Nr. 3, Böcking Note 40 und die daselbst Citirten. — Bekker (S. 164) leugnet, daß hier eine Eigenthumsbeschränkung stattfinde, indem er die Pflicht zum Betretenlassen des Grundstücks mit der Pflicht zur Herausgabe verwechselt (vgl. Note 21). S. jetzt auch Bekker selbst Aktionen II S. 338. — Schmid S. 22—24 bestreitet die gemeinrechtliche Bedeutung der Bestimmung, weil der Satz des deutschen Rechts, daß überhangende und überfallende Früchte dem Nachbarn zu eigen gehören, gemeinrechtlich geworden sei. Die neueren Germanisten behaupten das nicht mehr; s. die Lehrbücher von Eichhorn §. 173, Mittermaier I §. 165, Gerber §. 91 Nr. 3, Beseler §. 89 Nr. IV.

[10] Das Abschneiden des Ueberhangenden, soweit es überhängt, kann der Nachbar schon kraft seines Eigenthumsrechts (actio negatoria, vgl. l. 2 D. de arb. caed. 43. 27) verlangen. Hierin also liegt eine Beschränkung des Eigenthums am Baum (am Grundstück) nicht; sie liegt erst in der weiter gehenden Vorschrift, daß dem Nachbarn das vollständige Abschneiden der Zweige bez. des ganzen Baums gestattet werden muß. Auch diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur, interdictum de arboribus caedendis, Dig. 43. 27. Seuff. Arch. XI. 115, vgl. XII. 7. — Bekker (S. 168—171) leugnet auch hier die Eigenthumsbeschränkung ganz, indem er sie auf Seiten desjenigen, über dessen Grundstück der Baum hinüberhängt, sucht. Viele

5. Der Eigenthümer darf auf seinem Feldgrundstücke keine Veranstaltung treffen, durch welche der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Feldnachbars abgeändert wird; thut er es, so kann Wiederherstellung von ihm verlangt werden[11]. Ist die Veränderung des Wasserablaufs nicht von ihm ausgegangen, so ist er verpflichtet, dem Nachbarn die Wiederherstellung zu gestatten[12]. — Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benützung eines auf demselben befindlichen Privatgewässers im Interesse der anschießenden Grundeigentümer beschränkten, gibt es im römischen Rechte nicht; dieselben gehören erst der modernen Particulargesetzgebung an[13].

---

nehmen nämlich an, daß derselbe die Zweige unter 15 Fuß dulden müsse. Dieß bestreitet Bekker mit Recht. — Uebrigens ist über den wahren Inhalt der zweiten der angeführten Bestimmungen viel Streit; es handelt sich um die Auslegung der Worte „quindecim pedes a terra altius" in l. 1 §. 7 D. tit. cit. Andere Auslegungen sind: 1) es müssen die über 15 Fuß hohen Zweige abgeschnitten werden; 2) es muß der ganze Baum jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschnitten werden. Vgl. Schmid S. 25—26, Vangerow §. 297 Nr. 4, Böcking Nr. 2 und die an diesen Orten Citirten.

[11] Mit einem obligatorischen Anspruch, actio aquae pluviae arcendae, Dig. 39. 3. — Liegt aber hier nicht vielmehr Einwirkung auf die fremde Sache, und daher keine Eigenthumsbeschränkung vor? So Bekker S. 176 fg. Derselbe behauptet demnach — unter Berufung auf l. 1 §. 17 D. tit. cit. — daß mit der actio aquae pluviae arcendae die negatoria actio concurrire, und beruft sich dafür auf l. 1 §. 17 D. tit. cit., welche Stelle aber doch wohl nur von dem Dachabfluß spricht. — Für die negatoria auch Seuff. Arch. X. 169. 259. — Näher von der actio aquae pluviae arcendae II §. 473.

[12] L. 2 §. 5. 6 l. 11 §. 2 l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Für Bekker (S. 185) ist dieß gesetzliche Servitut (vgl. Note 2).

[13] Das römische Recht gibt eine Reihe von Vorschriften über die Benützung der flumina publica, nimmt aber von diesen Vorschriften die flumina privata, und um so mehr die rivi, ausdrücklich aus (l. 1 §. 4 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 2 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, vgl. l. 1 §. 1 D. ut in flum. publ. 43. 14), und gibt dafür als Grund an: „nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum" (l. 1 §. 4 de flum.). Es ist jedoch nicht unbestritten, daß das römische Recht die Bäche (rivi) den flumina privata gleichstellt, s. §. 146 Note 7. Andere leiten bei Anerkennung dieser Gleichstellung bereits aus dem römischen Recht den Grundsatz her, daß die an ein fließendes Gewässer anschießenden Grundeigenthümer sich im Interesse der gemeinen Benützung zu beschränken haben. S. die Literaturangaben §. 146 Note 5 und im Besonderen die bei Kappeler (das.) S. 97. 98 Genannten.

6. Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Bau vornehmen, durch welchen der Tenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird[14].

7. Was aus des Nachbars Grundstück in oder über das seinige hinüberragt, darf der Eigenthümer nicht selbst beseitigen, sondern muß dagegen klagend auftreten[15].

8. Der Eigenthümer ist zum Schadensersatz verpflichtet[16], wenn er auf seinem Grundstück Veranstaltungen trifft, die, obgleich sie eine Einwirkung auf des Nachbars Grundstück oder in den darüber befindlichen Raum nicht enthalten, doch dem Nachbarn positiv schädlich sind[17] — jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Nachbar vor der Veranstaltung ein Schadensersatzversprechen von ihm erlangt hat[18], und daß der Eigenthümer mit solchen Veranstaltungen über die Grenzen der gewöhnlichen, durch die Natur des Grundstücks gegebenen Benützung hinausgeht[19,20] —

---

[14] L. 14 §. 1 C. de serv. 3. 34. Vangerow §. 297 Nr. 6, Schmid S 27. 14. Seuff. Arch. XVI. 98. Bekker S. 191 nimmt auch hier gesetzliche Servitut an.

[15] L. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 29 §. 1 D. ad leg. Aq. 9 2, l. 17 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 C. de interd. 8. 1.

[16] Auch in der Verpflichtung zum Schadensersatz liegt eine Eigenthumsbeschränkung; durch die Auferlegung dieser Verpflichtung wird ausgesprochen, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe. L. 151 D. de R. L 50. 17.

[17] Beispiel: „si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit", l. 24 §. 12 D. de damno inf. 39. 2. Durch dieses Graben wird auf den Körper des benachbarten Grundstücks weder direct noch indirect eingewirkt, aber es wird demselben eine Eigenschaft entzogen, die Eigenschaft der Tragfähigkeit. Seuff. Arch. XXV. 219. Vgl. II §. 460 Note 5. — Veranstaltungen, durch welche auf das benachbarte Grundstück eingewirkt wird, sind einfach Eigenthumsverletzungen.

[18] Cautio damni infecti. L. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2. Zur Leistung dieser Caution ist aber der Eigenthümer verpflichtet. Sie geht auf Leistung des gesammten Interesse, also nicht bloß auf Ersatz des durch die Verletzung der Integrität des Grundstücks entstandenen Schadens. L. 5 §. 2 l. 18 §. 10 l. 28 l. 37 D. de damno inf. 39. 2. Vgl. überhaupt II §. 460. — Uebereinstimmend im Allgemeinen (vgl. Note 7) Hesse a. a. OO. und Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX. 8.

[19] Diese Beschränkung ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß innerhalb der bezeichneten Grenzen der Nachbar sich selbst Immission gefallen lassen muß (Num. 1).

Nicht auf dem Nachbarnverhältniß beruhen folgende Eigenthumsbeschränkungen.

9. Wie der Eigenthümer verpflichtet ist, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn zum Zweck des Abholens der hinübergefallenen Baumfrüchte zu gestatten, so hat er die gleiche Verpflichtung überhaupt gegen Jeden, dessen Sachen sich auf seinem Grundstück befinden[21].

10. Er ist verpflichtet, Nachgrabungen nach Mineralien auf seinem Grundstück zu gestatten gegen Abgabe von einem Zehntel des Ertrags (ein zweites Zehntel muß dem Fiscus abgegeben werden)[22].

---

[20] Welche Rechte hat der Nachbar gegenüber der Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen? Der Gesichtspunkt der cautio damni infecti führt nur zum Ersatz des angerichteten Schadens, nicht zum Schutz gegen bloße Belästigung, und auch zum Ersatz des Schadens nur dann, wenn der Eigenthümer eine Veranstaltung (opus) an dem Grundstück getroffen hat. Aber greift nicht der Gesichtspunkt der Einwirkung Platz (Erregung von Schallwellen in dem Raum über des Nachbarn Grundstück, Hineintreiben von gasförmigen Körpern)? Dawider Spangenberg S. 271, Pagenstecher S. 120, Hesse Rechtsverhältnisse I S. 36 fg. (Jahrb. S. 425). Für unerlaubt erklären die Erregung von Geräusch und widrigen Gerüchen Jhering (S. 111. 112. 121. 127) und Hoffmann (S. 270), obgleich auch sie den Gesichtspunkt der Immission nicht geltend machen, ferner Dernburg Preuß. Privatr. I §. 220 Note 21, — die Erregung von Gerüchen Gesterding Ausbeute III S. 398 fg., Bruns in von Holtzendorff's Encycl. I S. 298 (362), Roth bayr. Civilr. II §. 118 Note 69. Ein bedeutendes Argument für die Unerlaubtheit der Erregung von Gerüchen, aber auch für die Unerlaubtheit aus dem Gesichtspunkt der Immission, enthält l. 2 §. 29 D. ne quid in loco publ. 43. 8 in Verbindung mit pr. §. 26—28 eod. Gegen die Unerlaubtheit der Erregung von Lärm Roth a. a. O. §. 125 Note 28, Seuff. Arch. XII. 123. Vgl. auch XIII. 345. Erschütterungen? Seuff. Arch. XII. 124. Roth a. a. O. §. 118 Note 81.

[21] Auch diese Verpflichtung ist eine rein obligatorische. Die Quellen geben ein interdictum prohibitorium oder actio ad exhibendum. L. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 1 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 §. 3 l. 9 §. 1 D. ad. exh. vgl. l. 5 §. 4. 5 eod., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1. Der Betreffende muß aber cautio damni infecti leisten (II §. 456 Num. 8). Seuff. Arch. IV. 10. 11. Die Verwechslung, kraft deren Bekker (S. 164) auch hier die Eigenthumsbeschränkung leugnet, ist bereits oben Note 9 bezeichnet worden.

[22] L. 3. 6 C. de metall. 11. 6. Vgl. l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4. — Weiter geht das deutschrechtliche Bergregal, kraft dessen gewisse Fossilien für herrenlos erklärt und dem staatlichen oder staatlich verliehenen Occupa-

11. Der Eigenthümer eines Grundstücks, welches an einen öffentlichen Fluß anschießt, muß sich gefallen lassen, was das Interesse des Flußverkehrs erfordert[23].

12. Der Eigenthümer von Baumaterialien und Rebpfählen, welche in ein fremdes Grundstück verwendet sind, darf dieselben nicht zurückfordern; dafür hat er einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte[24].

Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Veräußerungsrechts s. §. 172a.

## III. Miteigenthum.

### §. 169a.

Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht stattfinden kann[1].

Dagegen kann das Eine Eigenthum, welches an einer Sache möglich ist, mehreren Personen zustehen; wir sprechen in einem solchen Fall von Miteigenthum[2]. Das dabei stattfindende Verhältniß ist näher dieses, daß das Eigenthumsrecht den mehreren Eigenthümern in der Weise gemeinschaftlich ist, daß es nur durch den übereinstimmenden Willen Aller in Bewegung gesetzt werden kann. Will daher ein Eigenthümer seinen Willen für die Sache geltend machen, und ein anderer widerspricht, so behält der Widersprechende Recht[3]. Jedoch wird durch diesen Satz nur das

---

tionsrecht hingegeben sind. Beseler deutsch. Privatr. §. 203, Gerber deutsch. Privatr. §. 95.

[23] §. 4 I. de R. D. 2. 1. Bekker S. 200. Vgl. §. 146 Note 14.

[24] Dig. 47. 3 de tigno iuncto, l. 23 §. 6. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 188 Note 10—12.

§. 169a. [1] L. 5 §. 15 D. commod. 13. 6: — „duorum . . . in solidum dominium vel possessionem esse non posse".

[2] Die Ausdrücke condominium und condominus sind nicht römisch. Die Quellen haben für Miteigenthum und Miteigenthümer keine anderen Bezeichnungen als die allgemeinen: communio und socius. (Doch sind jene Ausdrücke nicht sprachwidrig, vgl. z. B. confideiussor in l. 10 pr. D. de fidei. 46. 1 und das häufig vorkommende contutor.)

[3] L. 28 D. comm. div. 10. 3. „Sabinus ait, in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum

Princip bezeichnet; bei der Durchführung desselben sind die wahren Interessen der Theilhaber in billiger Weise zu berücksichtigen, und daher darf namentlich einem Miteigenthümer ein unschädlicher bestimmungsgemäßer Gebrauch der Sache auch gegen den Willen des andern Miteigenthümers nicht versagt werden[4].

---

est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat". L. 8 l. 27 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 11 D. si serv. 8. 5. Seuff. Arch. IX. 268, XXI. 101.

[4] Man bemerke hierüber Folgendes. 1) Die den Miteigenthümern gegen einander zustehende actio communi dividundo geht nicht bloß auf Theilung, sondern auch auf Regulirung ihres Verhältnisses bei bestehender Gemeinschaft (s. die im Folgenden citirten Stellen und II §. 449 Note 4), und die actio communi dividundo ist bonae fidei, §. 28 I. de act. 4. 6, l. 14 §. 1 l. 24 pr. D. comm. div. 10. 3. 2) Was speciell den Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache angeht, so verbieten die in der vorigen Note genannten Stellen nur das facere in re communi und im Besonderen das Bauen und Abbrechen, und in Betreff einer gemeinschaftlichen Mauer ist ausdrücklich anerkannt, daß jeder Miteigenthümer dieselbe benützen dürfe, soweit dadurch die Mauer nicht leide. L. 13 §. 1 l. 19 §. 1. 2 D. de S. P. U. 8. 2; l. 8 l. 13 pr. eod., l. 27 §. 10 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Seuff. Arch. VIII. 345, IX. 268, XIII. 24, XVI. 193. 194, XXI. 101, XVII. 216. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 Nr. 56. Besondere Bestimmung in Betreff der Beerdigung eines Leichnams: l. 41. 43 D. de relig. 11. 7, l. 6 §. 6 D. comm. div. 10. 3. 3) Aber auch Veränderungen der Sache, welche ein Miteigenthümer einseitig vornimmt, unterliegen nicht unbedingt dem im Text bezeichneten Princip. Denn einmal kann der Miteigenthümer, wenn er die Veränderung hat geschehen lassen, ohne ihr zu widersprechen, wo er widersprechen konnte, nicht mehr Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern, sondern bloß Schadensersatz (l. 28 D. comm. div. 10. 3, Seuff. Arch. VII. 285, XVIII. 208), und sodann kann er Wiederherstellung des früheren Zustandes unter allen Umständen nur dann fordern, „si . . toti societati prodest opus tolli", l. 26 D. de S. P. U. 8. 2. So erkennt auch l. 12 D. comm. div. 10. 3 an, daß dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer unter allen Umständen gestattet sei, „aliquid in eum immittere". 4) Speciell ist dem Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Bauwerks gestattet, dasselbe auch gegen den Willen des andern Miteigenthümers zu repariren (wohin auch Ersatz einer schadhaften Mauer durch eine andere gehört); ja es fällt ihm der Eigenthumsantheil des anderen Eigenthümers zu, wenn dieser ihm nicht seinen Antheil an den Kosten binnen 4 Monaten mit Zinsen (II §. 260 Note 4) ersetzt. Paul. sentent. V. 10 §. 2, l. 32. 35—37 D. de damno inf. 39. 3, l. 12 D. comm. div. 10. 3, l. 52 §. 10 D. pro soc. 17. 2, l. 4 C. de aedif. priv. 8. 10. L. 8 D. de S. P. U. 8. 2 ist von dem Fall einer nicht schadhaften Mauer zu verstehen (unhaltbare Meinungen bei Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S.

— Nicht darf das beim Miteigenthum stattfindende Rechtsverhältniß so gedacht werden, als wäre das Eigenthumsrecht zwischen den mehreren Eigenthümern getheilt[5]. Was wirklich zwischen

---

108. II S. 250 und Arch. f. prakt. RW. N. F. IV S. 143, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 9. XXII. 4). Vgl. zum Ganzen: Gesterding Eigenthum §. 9, Schmid S. 6—11, Hesse Rechtsverhältnisse ꝛc. II S. 241 fg. und Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. S. 129 fg.; speciell über die „Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern" die Schrift von Ruete (1843), vgl. Roth bayr. Civilr. II S. 68 fg. Seuff. Arch. XXII. 198. 216, XXIV. 299. 300. — Ueber die Frage, ob dem Miteigenthümer gegen den Miteigenthümer die actio negatoria zustehe (welche Frage nach dem Gesagten, eben weil hier die strenge Consequenz des Princips nicht zur Geltung gebracht werden soll, schwerlich zu bejahen ist, obgleich die Quellen nicht allen Zweifel ausschließen, vgl. einerseits l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 §. 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, andererseits l. 11 D. si serv. 8. 5), s. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 63 und die daselbst Citirten, Brinz S. 237, Schneider in Sell's Jahrb. I S. 403 fg., Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 3.

[5] Das Eigenthumsrecht kann nicht getheilt sein, weder so, daß jeder Miteigenthümer das Eigenthum nur zum Theil hätte — dann würde keiner irgend etwas haben (vgl. §. 142 Note 11), — noch so, daß die einzelnen Eigenthumsbefugnisse unter die einzelnen Berechtigten vertheilt wären — dann würde weder irgend Einer von ihnen, noch würden sie Alle zusammen Eigenthum haben (Note 8). Sondern das eine ungetheilte Eigenthumsrecht ist, wie sonst an ein einziges Subject, so hier an eine Mehrheit von Subjecten angeknüpft. Jedem dieser Subjecte steht es ganz zu; aber es steht eben jedem zu; daraus folgt ihre gegenseitige Beschränkung. Daraus, daß jeder Miteigenthümer ganz Eigenthümer ist, sind in den Quellen unzweideutige Consequenzen gezogen. Was ein im Miteigenthum stehender Sclave dem einem der Eigenthümer nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (l. 1 §. 4 l. 7 §. 1 l. 8. 9 pr. D. de stip. serv. 45. 3); ebenso erwirbt er für einen Eigenthümer das Ganze, wenn er für ihn allein erwerben will (l. 5 eod.). Beides wäre unmöglich, wenn er nur halb in seinem Eigenthum stände. Nur daraus, daß jeder ganz Eigenthümer ist, erklärt sich auch Ulp. I. 18: „communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio" (vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 262—266); ferner die Correalität der Miteigenthümer bei der actio noxalis (II §. 267 Note 7). Die anderweitige Erklärung, welche jetzt Eck Doppelseitige Klagen S. 92 fg. für diese rechtliche Erscheinungen gibt, scheint mir in keiner Weise befriedigend, und was er an Gegengründen gegen die hier vertretene Auffassung beibringt, nicht durchschlagend. Im Besonderen kann nicht zugestanden werden, daß in l. 3 D. pro derelicto 41. 7 als Folge der Dereliction des Eigenthumsantheils Herrenlosigkeit desselben bezeichnet werde. Die Stelle

ihnen getheilt ist, ist der wirthschaftliche Nutzen der Sache[6]. Nur in diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn den verschiedenen Miteigenthümern ein verschiedener Antheil an der Sache zugeschrieben wird; für das Recht, den Willen in Betreff der Sache geltend zu machen, ist diese Verschiedenheit des Antheils ganz gleichgültig[7]. —

Man hat behauptet, daß nach deutschem Recht ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache auch in der Weise stattfinden könne, daß das Recht selbst zwischen den mehreren Eigenthümern, seinem Gehalt oder dem Zeitverhältniß nach, getheilt sei; man hat dafür den Ausdruck Gesammteigenthum gebildet. Der Begriff des Gesammteigenthums ist aber eben so wenig haltbar[8], wie die im

---

sagt einfach, daß der Eigenthumsantheil mit rechtlicher Wirkung dereliquirt werden könne; mit welcher rechtlichen Wirkung, darüber sagt sie nichts. Und wenn in anderen Stellen (z. B. l. 15 C. fam. erc. 3. 36, l. 2 C. comm. utr. iur. 3. 38) als die zutreffende Form der Veräußerung des Eigenthumsantheils an den Miteigenthümer allerdings Tradition, nicht Dereliction bezeichnet wird, so ist zu bemerken, daß Widerlegung einer in anderen Erscheinungen hervortretenden Grundauffassung darin nicht enthalten ist, daß in einem gegebenen Fall eine Consequenz derselben nicht gezogen wird. S. auch l. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5.

[6] S. §. 142 Note 10.

[7] Dagegen kann der Antheil selbst den Gegenstand einer rechtlichen Disposition, einer totalen oder partiellen Veräußerung bilden, l. 3. 4 C. de comm. reb. al. 4. 52, l. un. C. si comm. res pign. 8. 21. — Unvereinbar mit dem Begriff des Miteigenthums ist es übrigens nicht, daß für gewisse Verfügungen über die Sache die Majorität der Antheile entscheide. Dieß ist z. B. der Fall bei der Mitrhederei. HGB. Art. 458. Vgl. auch Pr. L. R. I. 17 §. 10—24. Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht, Halle 1864. Dernburg Preuß. Privatrecht I §. 222. 223.

[8] Der Begriff des Gesammteigenthums ist nicht so scharf ausgeprägt worden, daß nicht im Einzelnen sich Verschiedenheiten der Auffassung fänden (s. die literarhistorische Uebersicht bei Dunker das Gesammteigenthum [1843] S. 1—23, und vgl. außerdem Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 185—194 und deutsch. Privatr. II §. 83, Bluntschli deutsches Privatr. §. 58, Schloifer Arch. f. die Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts III S. 154—164, Pagenstecher I S. 23—25, Roth bayr. Civilr. II S. 47 fg.). Im Allgemeinen aber versteht man unter Gesammteigenthum ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache ohne s. g. intellectuelle Theilung, bei welchem vielmehr der Conflict zwischen den mehreren Eigenthümern entweder dadurch gelöst werde, daß jeder ein bestimmtes Maß von Befugnissen habe, so z. B. bei

Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit hinübergetragene Scheidung des Eigenthums in ein s. g. Ober- und Unter- (nutzbares) Eigenthum[9].

---

der deutschen Realgemeinde oder Markgenossenschaft, oder dadurch, daß in die Ausübung des Eigenthums der Eine erst nach dem Wegfall des Andern eintrete (s. z. B. bei dem Familienvermögen des hohen Adels). Aber im ersten Falle ist weder der einzelne Berechtigte Eigenthümer, noch sind sie es alle zusammen, da nun einmal durch eine Zusammenrechnung einzelner Befugnisse kein Eigenthumsrecht herausgebracht werden kann (vgl. §. 58 Note 5), und ebenso ist im zweiten Fall entweder Keiner Eigenthümer, wenn man es mit dem Gegensatz zwischen Ausübung und Recht strenge nimmt, oder in einem gegebenen Zeitpunkt immer nur Einer, während die Andern bloß so genannt werden. Gegen den Begriff des Gesammteigenthums s. Dunker in der oben citirten Schrift, J. C. Hasse Beiträge zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (1808) S. 20 fg., Gerber deutsch. Privatr. §. 77, Roth a. a. O. S. 53 fg. — Die Rechtsverhältnisse, für welche jetzt Stobbe Zeitschr. f. RGesch. IV S. 207 fg. die Bezeichnung Gesammteigenthum in Anspruch nimmt, sind Miteigenthum mit solchen Modificationen, wie sie durch den Begriff des Miteigenthums nicht ausgeschlossen werden (Regulirung des Fruchtgenusses nach dem persönlichen Bedürfniß, Beschränkung in der Veräußerungsbefugniß was den eigenen Eigenthumsantheil angeht und andererseits Befugniß über den Antheil des Genossen durch Belastung mit Schulden zu verfügen, Beschränkung in der Vererbung des Eigenthumsantheils, wo derselbe dann nicht herrenlos wird, sondern nach der Consequenz aus dem Begriff des Miteigenthums [Note 5] an die Genossen fällt). — Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 3. 6. 37. 42. 43 wendet den von ihm aufgestellten Begriff der Gesammtberechtigung, als einer Berechtigung, welche „einerseits der Gesammtheit mehrerer Personen als solcher, andererseits den Einzelnen völlig und ungetheilt zusteht", auch auf das Eigenthum an, und findet ein Gesammteigenthum in diesem Sinne bereits vom römischen Rechte anerkannt in der dos communis patris et filiae (II §. 499 Note 6) und in dem Verhältniß des eingesetzten Pupillen und des Pupillarsubstituten. Dagegen Pernice krit. VJSchr. VII S. 121 fg.

[9] Die lateinischen Ausdrücke sind: dominium directum — dominium utile. Dominium utile, im Gegensatz des dominium directum, nannten die Glossatoren das Recht desjenigen, der nicht directa, sondern nur utilis petitio rei habe, und so namentlich auch das Recht des Emphyteuta und des Superficiar. Später faßte man das dominium utile als nutzbares Eigenthum auf, und nahm ein dominium utile in diesem Sinne auch bei dem Lehensverhältniß und bei gewissen Formen des bäuerlichen Verhältnisses an. Das dominium utile ist aber in der That kein Eigenthumsrecht, sondern ein Recht an fremder Sache, dessen (juristischer) Inhalt allerdings aus der (unjuristischen) Vorstellung heraus bestimmt worden ist, als sei der dominus utilis

## IV. Erwerb des Eigenthums*.

### A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthums-erwerbarten.

§. 170.

Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines jeden Rechts, an gewisse Thatsachen; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten. Der Anordnung, in welcher hier die einzelnen Eigenthumserwerbarten vorgetragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde[1]. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden

---

Eigenthümer. So geht das Recht des s. g. dominus utilis allerdings viel weiter als das irgend eines andern an fremder Sache Berechtigten; aber Eigenthumsrecht kann es nicht werden, ohne daß der s. g. dominus directus aufhörte, Eigenthümer zu sein. Auch hier kann der Eigenthumsbegriff nicht über seine eigene Consequenz hinaus. S. Thibaut Versuche II. 3 (1801), Dunker Zeitschr. f. deutsch. Recht II S. 177 fg. (1838), Schmid I §. 3 Note 6, Vangerow I §. 302, Böcking II S. 40—42. Doch wird der Begriff, oder doch wenigstens die Bezeichnung, auch von neueren Schriftstellern noch festgehalten, so namentlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 160, Mittermaier I §. 156, Beseler §. 82, Bluntschli §. 60. S. auch Bruns in von Holtzendorff's Encyclop. I S. 309 (373). (Wenn man sich darauf beruft, daß auch das römische Recht die Möglichkeit eines bonitarischen Eigenthums neben dem quiritarischen anerkannt habe, so darf darauf zwar nicht entgegnet werden, daß das erstere eigentlich kein Eigenthum gewesen sei, denn in Wirklichkeit war es das allerdings; aber nichtsdestoweniger ist jenes Argument ohne allen Werth, da sich im römischen Recht hier, wie an so vielen andern Punkten, der Widerstreit zweier verschiedener Rechtsordnungen, der prätorischen und der civilen, geltend machte, von denen jene diese überwand.) — Particularrechtliche Anerkennung der Theilung des Eigenthums in Ober- und Untereigenthum z. B. in Preußen und Bayern. Dernburg Preuß. Privatr. I §. 182, Roth bayr. Civilr. II §. 119. 198.

* Dig. 41. 1 de acquirendo rerum dominio.

[1] Die Anordnung der Lehre vom Eigenthumserwerbe ist bei den verschiedenen Schriftstellern eine sehr verschiedene; s. die Uebersicht bei Böcking II S. 55, auch Pagenstecher II S. 1—57, Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 261 fg. Die von Böcking selbst a. a. O. begründete Anordnung hat er in der neuesten Auflage seines Grundrisses (S. 72 fg.) mit einer anderen vertauscht. §. 170.

Sachen haben bereits einen Eigenthümer; in den bei Weitem meisten Fällen ist daher der Erwerb des Eigenthums der Erwerb des Eigenthums an einer bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist ein Eintreten, eine Nachfolge (Succession) in dieses Eigenthum (§. 65); 2) es ist dieß nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo die Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird. Außerdem kann sie ihren Gund in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben. Die wichtigste Anwendung des zweiten Falles bildet die Ersitzung; außerdem gehört dahin die Verbindung. — Aber wenn auch die meisten der uns umgebenden Sachen bereits einen Eigenthümer haben, so ist dieß doch nicht bei allen der Fall. Diejenigen, bei denen es nicht der Fall ist, fallen regelmäßig in das Eigenthum desjenigen, der sich ihrer bemächtigt. — Ferner entstehen fortwährend neue Sachen, entweder auf organischem Wege, oder durch menschliche Thätigkeit. Für die auf organischem Wege neu entstandenen Sachen bildet es die Regel, daß sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache fallen; an den durch menschliche Thätigkeit neu erzeugten erwirbt, mit gewissen Beschränkungen, das Eigenthum der Verfertiger. — Die Verfertigung und die Verbindung unterscheiden sich von allen andern Eigenthumserwerbarten durch ihre bloß formale Natur, d. h. beide verleihen zwar das Eigenthum, aber berechtigen nicht auch zum Behalten des Vermögenswerthes der Sache. Nach diesem Gesichtspunkt ist hier die Verbindung mit der Verfertigung zusammen an den Schluß gestellt worden[2].

[2] Es wird auch wohl von einem s. g. universellen Eigenthumserwerbe, im Gegensatz des singulären geredet. Man versteht darunter den Erwerb des Eigenthums in und mit dem Ganzen des Vermögens, zu welchem es gehört. Es liegt auf der Hand, daß der s. g. universelle Eigenthumserwerb ein Erwerb des Eigenthums als solchen nicht ist; der unmittelbare Gegenstand des Erwerbs ist eben das Vermögen, d. h. etwas Anderes, als das Eigenthum.

## B. Eigenthumsübergang durch den Willen des bisherigen Eigenthümers*.

### §. 171.

Der Eigenthümer kann sein Eigenthum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch Willenserklärung von Todes wegen. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigenthum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigenthums zu bewirken. Es muß

1) zu ihr hinzu kommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, daß er das ihm übertragene Eigenthum erwerben wolle; mit anderen Worten, der Eigenthumsübergang setzt voraus einen Eigenthumsübertragungsvertrag[1]. Dieser Vertrag sodann bedarf

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Besitzübergabe (Tradition)[2]. Der auf das Geben und Nehmen des Rechts

---

* Gesterding S. 120—177, Pagenstecher II S. 193—229, Schmid §. 8, Böcking §. 153, Sintenis I S. 480—484. Scheurl Beiträge I. 8 (1853). Leist Mancipation und Eigenthumstradition (1865). (Darüber Bekker krit. VJSchr. IX S. 232 fg. [1867]). Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem u. gemeinem Recht (1867). (Darüber Unger krit. VJSchr. X S. 249 fg. [1868]). Goldschmidt Handelsrecht I §. 79.

[1] L. 10 D. de don. 39. 5. „Absenti, sive mittas, qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit". L. 55 D. de O. et A. 44. 7. Seuff. Arch. XIII. 82, Buchka u. Budde Entscheidungen des OAG. zu Rostock IV. 34. — Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 67 Note 24 leugnet, daß in der Tradition ein Vertrag enthalten sei, mit Berufung darauf, daß von Seiten des Empfängers keine Willenserklärung gegenüber dem Tradenten, sondern nur eine Willensthat gegenüber der Sache erforderlich sei, z. B. bei der traditio in incertam personam (§. 172 Num. 4), bei gestatteter Wegnahme von Steinen aus der Steingrube eines Andern (l. 6 D. de don. 39. 5). Aber s. II §. 306.

[2] L. 20 C. de pactis 2. 3. „Traditionibus et usucapionibus domi-

§. 171.

an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache[3]. Auf Grund

---

nia rerum, non nudis pactis transferuntur". L. 50 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 15 C. eod. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 8 C. de A. E. V. 4. 49. L. 16 D. de fundo dot. 23. 5 ist im Sinne ihres Urhebers ohne Zweifel von der Mancipation zu verstehen, im Sinne des Justinianischen Rechts von der Cession der Vindication, l. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1 entweder vom Legate (vgl. §. 3 eod.) oder ebenfalls von der Mancipation (vgl. die Interpolation „nactus possessionem servi" in l. 56 D. de O. et A. 44. 7). S. auch Schmid S. 85—91. Eine Ausnahme enthält auch nicht l. 1 §. 1 D. pro soc. 17. 2, welche sich aus einem constitutum possessorium (§. 155 Note 8a) erklärt, wie deutlich aus l. 2 eod. hervorgeht (a. M. ohne genügende Begründung Puchta kl. civ. Schriften S. 439, Böcking §. 124 Note 46). Dagegen glaube ich eine Ausnahme allerdings in l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2 anerkennen zu müssen: Kirchen und milde Stiftungen werden aus Käufen und Schenkungen Eigenthümer ohne Tradition — was früher fast allgemein angenommen wurde, noch in der neueren Zeit von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XX. 1 vertheidigt und von Vangerow I §. 311 Anm. 4, wie mir scheint, nicht widerlegt worden ist. („In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem —". Diese Worte versteht Vangerow dahin: es solle die in rem actio, wenn sie zulässig sei, ebenfalls der im Gesetze vorgeschriebenen 100jährigen Verjährung unterliegen.) Eine fernere Ausnahme in HGB. Art 439 (Eigenthumsübertragung an Seeschiffen). Goldschmidt Handelsrecht I S. 805 fg. Vgl. Hauser Stellvertretung im Besitze S. 55 fg. und dagegen Exner krit. VJSchr. XIII S. 307 fg. Conossement und andere Waarenpapiere (HGB. Art. 349)? Exner S. 186 fg. und krit. VJSchr. XIII S. 313 fg.; Hauser Stellvertretung im Besitz S. 86 fg., Goldschmidt Handelsr. I §. 73 fg. (vgl. §. 155 Note 6a). — Der Satz, daß das Eigenthum mit der Besitzübergabe übergehe, ist in Deutschland gemeines Recht. In den meisten deutschen Particularrechten wird aber bei Grundstücken, auf Grund älterer deutschen Anschauung (Auflassung), Eintragung in ein öffentliches Buch (mit oder ohne gerichtlichem Abschluß des Geschäfts oder richterlicher Bestätigung desselben) verlangt, bald in dem Sinne, daß ohne dieselbe gar kein Eigenthum übergeht, bald in dem Sinne, daß jeder Dritte, welcher sich mit dem Eingetragenen (in guten Glauben) in Verhandlungen einläßt, sich auf das Eigenthum desselben berufen kann. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 89, Beseler deutsch. Privatr. §. 90. 91, Schmid S. 96—99, Arndts krit. Ueberschau V S. 91 fg., Stobbe Jahrb. f. Dogm. XII S. 137—272. Legislatorischer Gesichtspunkt: Exner S. 301 fg., Goldschmidt I S. 803 fg., Bähr Jahrb. f. Dogm. XI S. 58 fg. Das neueste deutsche Gesetz über diese Materie ist das Preußische vom 5. Mai 1872.

[3] Das ältere römische Recht verlangte Abschluß des Vertrags vor

hiervon wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als Eigenthumserwerbart bezeichnet[4], indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugedacht wird[5].

---

Repräsentanten der Volksgemeinde oder vor Gericht (mancipatio, in iure cessio), und in beiden Fällen noch eine besondere Art des Ausdrucks des Willens. — Die Tradition ist hier als Form des Vertrags bezeichnet worden. Abzuweisen ist die Vorstellung, als wenn sie nur etwas zu dem Eigenthumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes sei. Sie ist der Eigenthumsübertragungsvertrag; ohne sie ist derselbe ohne alle rechtliche Bedeutung oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt. Vgl. Exner S. 8 fg. 15; übrigens auch Leist civ. Stud. III S. 189 fg. Mancipation und Eigenthumstradition S. 230. 231. 265. — Wenn Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX S. 57 fg. die Tradition als Bemächtigung unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers auffaßt, so ist doch seine Meinung nicht die, daß der bisherige Eigenthümer die Sache zum Zwecke der Bemächtigung durch den Andern vorher herrenlos mache, sondern vielmehr, daß der bisherige Eigenthümer seinen Eigenthumswillen nur vor dem neu eintretenden Eigenthumswillen des Erwerbers zurückziehe. So ist das Eigenthümliche dieser Auffassung bloß eine einseitige Betonung der Thätigkeit des Erwerbers, während andererseits allerdings die Ausdrücke Tradition, Eigenthumsübertragung ebenso einseitig die Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers betonen. Das Richtige ist, daß zwar thatsächlich in einem gegebenen Fall bald die eine bald die andere Thätigkeit in den Vordergrund treten kann, für die rechtliche Betrachtung aber beide auf gleicher Linie stehen. Was übrigens Bremer mit dieser Auffassung erreichen will (§. 155 Note 7 Nr 2, §. 172 Note 13), leistet sie ihm m. E. doch nicht.

[4] So auch unsere Quellen, z. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, l. 9 §. 3 D. de A. R. D. 41. 1, l. 20 C. de pactis 2. 3.

[5] Vgl. §. 40 I. de R. D. 2. 1. „Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi". Das Ungenaue der Ausdrucksweise wird ausdrücklich anerkannt in l. 31 pr. D. de A. R. D. 41. 1. „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur". Diese Stelle (vgl. Ulp. XIX. 7, Gai. II. 20) denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigenthumsübertragungs- und Eigenthumserwerbswille durch eine der Tradition vorhergehende Thatsache (vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 189. 190) außer Zweifel gestellt ist. Nothwendig ist dieß aber nicht; jener Wille kann feststehen auch ohne causa praecedens, wie beim Handgeschenk. Eine Ausführung des Satzes, daß die Tradition Eigenthum in allen Fällen übertrage, wo sie in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, geschehe, gibt die Schrift von Strempel die

## §. 172.

Die näheren Grundsätze für den Eigenthumsübertragungsvertrag sind im Allgemeinen die für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt geltenden. (§. 70 fg.) Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Nur der Eigenthümer kann das Eigenthum der Sache übertragen[1]. Jedoch erleidet diese Regel Ausnahmen[2], nicht bloß

---

iusta causa bei der Tradition (1857). S. auch Savigny Obl.R. II S. 254—261, Exner S. 74 fg., O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usukapion (1871) S. 1—79, Fr. Hofmann die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis (1873) S. 65 fg. Daß aber in der l. 31 pr. cit. iusta causa geradezu „nicht bloß das Motiv des erforderlichen Willens, sondern zugleich mit dem Motiv den Willen selbst, aber in der concreten Form einer venditio etc.“ bezeichne (Brinz S. 202, s. auch Puchta §. 148 Abs. 2 Nr. 3, Böcking II §. 153. g), ist zu viel behauptet. S. dagegen auch Exner S. 323 fg., Hofmann S. 68 fg. 135. Exner selbst versteht (S. 317 fg.) unter causa „die Summe aller objectiven und subjectiven Thatsachen, welche zusammenwirkend die Veranlassung eines concreten Traditionsgeschäfts gewesen sind“, und der Zusatz iusta soll bezeichnen, daß unter diesen Thatsachen keine negativ wirkende, den Eigenthumserwerb ausschließende, wie z. B. furtum oder eheliches Verhältniß bei der Schenkung, sich befunden habe. Mit Exner stimmt Hofmann (S. 80 fg.) darin überein, daß die iusta causa nur ein negatives Erforderniß der Tradition bezeichne, er faßt aber die causa als etwas lediglich Subjectives auf, als nächsten, ersten (vgl. oben §. 98 Num. 1) Zweck (Absicht); eine iniusta causa liege dann vor, wenn das Recht die Tradition wegen dieses Zweckes für nichtig erkläre. Sachlich ist gegen die Aufstellungen dieser Schriftsteller gewiß nichts einzuwenden; ob aber dieß wirklich der Sinn ist, in welchem die oben genannten Stellen von einer iusta causa traditionis reden, ist mir äußerst zweifelhaft — es ist am Ende auch ziemlich gleichgültig. Die Darstellung von Mayer a. a. O. ist durch eine verwirrende Hineinziehung der Lehre von der condictio sine causa (causa als Grund der Ausschließung der Rückforderung) getrübt, vgl. Bekker krit. VJSchr. XIV S. 481 fg., Hofmann S. 74 a. a. O. Daß unter causa ein „obligationsmäßig zu einer Leistung verpflichtendes Rechtsverhältniß“ zu verstehen sei, hat neuerdings wieder Voigt condictiones ob causam §. 28 behauptet, s. dagegen Witte in Schletter's Jahrb. X S. 10 fg. und vgl. auch II §. 423 Note 13 g. E. Dogmangeschichtliche Uebersichten bei Exner und Hofmann a. a. OO.

§. 172. [1] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 81 Num 3.

[2] Eine Ausnahme ist es nicht, wenn ein zur Vertretung des Eigenthümers Befugter das Eigenthum in dessen Namen überträgt. Diese Ueber-

für den Fall, wo der Eigenthümer einen gesetzlichen Vertreter hat, oder wo er vorher oder nachher seine Einwilligung gibt[3], sondern auch: a) für den Pfandgläubiger, welcher ein dingliches Recht an der Sache eben des Inhalts hat, das Eigenthum an derselben übertragen zu können[4]; b) für den Fiscus, den Regenten und die Regentin nach den in §. 165 zu Note 6 aufgestellten Regeln. Erwirbt der übertragende Nichteigenthümer das Eigenthum nachträglich, so wird dadurch die früher gemachte Eigenthumsübertragung nicht gültig (§. 83), und der Empfänger wird daher nicht Eigenthümer; jedoch braucht der Empfänger die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben[5], und kann, wenn er sie in gutem Glauben empfangen hat, sogar klagend gegen den Uebertragenden wie gegen jeden Dritten auftreten[6]. Dieselbe rechtliche Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden, Gesammt- oder Sondernachfolger, gegenüber, sowie er sie auch seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt[7]. Das

---

tragung ist juristisch die des Eigenthümers selbst. Vgl. §. 73. 74. — Ausnahme des GHB. Art. 305—307 und der WO. Art 74 zu Gunsten des redlichen Erwerbers. S. §. 165 Note 7 und die Citate daselbst.

[3] L. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; andere hierher gehörige Stellen s. §. 81 Note 5. 7. Ueber die rechtliche Bedeutung der nachträglichen Einwilligung ist §. 83 Num. 1 gehandelt worden. Was die vorgängige Einwilligung angeht, ist noch zu vergleichen Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 303 fg., Scheurl das. II S. 4 fg., Jhering das. II S. 121 fg.

[4] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. „Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit". §. 1 I. quib. al. 2. 8. Vgl. §. 237 Note 17.

[5] Er kann den Uebertragenden, welcher sich auf sein jetzt erworbenes Eigenthum beruft, mit der Einrede zurückweisen, daß derselbe sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe. Diese Einrede (exceptio) konnte in der römischen Formula speciell als exceptio rei (venditae et) traditae, oder generell als exceptio doli gefaßt werden. L. 1 pr. l. 2. 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. (Vgl. l. 20 D. qui et a quib. 40. 9, l. 19 §. 4. 5 l. 20 D. de castr. pec, 49. 17.)

[6] Nach den Grundsätzen der Publiciana actio (§. 199). Die Einrede gestaltet sich hier zur Replik, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend et trad. 21. 3, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4.

[7] L. 72 D. de R. V. 6. 1 l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3,

Gleiche wie in dem Fall, wenn der Uebertragende Eigenthümer wird, gilt dann, wenn der Eigenthümer durch Beerbung des Uebertragenden in die Uebertragung eintritt[8].

2. Daß der Uebertragende sein Eigenthumsrecht gekannt habe, ist Bedingung der Gültigkeit der Eigenthumsübertragung nicht; ebenso wenig, daß der Erwerber dieses Eigenthumsrecht gekannt habe[9]. Wohl aber ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn in Folge der Unkenntniß, in welcher der Uebertragende sich über sein Eigenthumsrecht befindet, der Wille desselben auf die Uebertragung des nicht vorhandenen Eigenthumsrechts gerichtet ist, welches er einem Andern irriger Weise zuschreibt[10].

---

l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. — Mit Rücksicht auf diese Wirkungen des späteren Eigenthumserwerbes bezeichnet ihn l. 56 D. ad. SC. Treb. 36. 1 geradezu als confirmatio der früheren Veräußerung.

[8] L. 73 D. de evict. 21. 2, l. 1 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 14 C. de rei vind. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 45.

[9] Für das Letztere l. 9 §. 4 D. de I. et F. I. 22. 6; s. auch l. 4 §. 1 D. de manum. vind. 40. 2. Das Erstere ist in den Quellen zwar nicht unmittelbar für die Tradition bezeugt, wohl aber für das Vermächtniß (§. 11 I. de leg. 2. 20) und die Freilassung (l. 4 §. 1 D. de manum. vind. 40. 2). Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 155—158, Exner S. 282 fg.

[10] L. 35 D. de A. R. D. 41. 1. „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla alienatio est, quia nemo errans rem suam amitit". Ebenso l. 49 D. mand. 17. 2. Der im Text bezeichnete Satz findet aber auch in dem umgekehrten Falle Anwendung, wo der Auftrag zur Tradition von dem wahren Eigenthümer dem vermeintlichen Eigenthümer ertheilt wird; auch in diesem Falle wird der Empfänger nicht Eigenthümer, weil (der Beauftragte nicht Eigenthümer ist, und) der Auftraggeber nicht den Willen hat, daß sein Eigenthum übergehen solle. Von diesem Falle handelt l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 2 und die l. 49 D. mand. 17. 1 in ihrem zweiten Fall. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der Eigenthümer das Eigenthumsrecht, welches er behalten hat, gegen den Empfänger der Sache auch geltend machen kann. Es kommt darauf an, ob er zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, bez. die Verpflichtung dazu auf Grund seines Auftrags übernommen worden ist (vgl. §. 197 Note 6). Auch das sagt l. 49 cit. Diese schwierige Stelle lautet: „Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid eius

3. Die Eigenthumsübertragung ist ungültig, wenn dem Eigenthümer die nöthige Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71. 81 a. E.). Ebenso kann sie ungültig sein durch ein entgegenstehendes Veräußerunsverbot. Von den Veräußerungsverboten wird in dem folgenden §. besonders gehandelt werden.

4. Daß der Wille des Uebertragenden auf eine von ihm individuell vorgestellte Person gehe, ist nicht erforderlich. Daher liegt namentlich in dem Auswerfen[11] eine gültige Eigenthumsübertragung, und eben so wenig wird die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung dadurch beeinträchtigt, daß der Uebertragende nicht weiß, ob der Empfänger für sich oder für einen Andern, und im letzteren Fall, ob er für diese oder jene Person, erwerben will[12].

5. Dagegen ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn der Wille des Uebertragenden auf eine andere Person gerichtet ist, als diejenige, welche den Erwerbungswillen hat[13]. Ebenso ist

---

interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli submovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem". Das Verdienst der richtigen Erklärung dieser Stelle (sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß hinter „emisset" zu ergänzen ist „a me") gebührt Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 306 Note 35 und ausführlicher das. II S. 149 fg. Von Anderen (Literaturangaben bei Ihering) ist aus dieser Stelle der unrichtige Satz hergeleitet worden, daß die Eigenthumsübertragung auch dann nichtig sei, wenn der übertragende Eigenthümer sich über den Grund seines Eigenthums im Irrthum befinde. S. dagegen Ihering a. a. O. II S. 158 fg. Uebereinstimmend Arndts §. 145 Anm. 2 und Vangerow I §. 311 Anm. 3 in der neuesten Auflage. Eine besondere Ansicht neuestens bei Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums (Halle 1874) S. 32 Anm. 3.

[11] Iactus missilium. L. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 5 §. 1 D. pro derel. 41. 7. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 205—208, Kuntze Inhaberpapiere S. 348, Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XX S. 65—67, Exner S. 12—17. 53—54, Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 46 fg.

[12] Scheurl a. a. O. S. 208, vgl. Brinz S. 203.

[13] Wenn daher der Uebertragende erklärt, dem Empfänger das Eigenthum für seine Person übertragen zu wollen, dieser, es für einen von ihm Vertretenen erwerben zu wollen, so ist die Eigenthumsübertragung ungültig. Ebenso wenn der Uebertragende erklärt, dem Empfänger für einen Andern übertragen zu wollen, dieser, für sich erwerben zu wollen (l. 37 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. übrigens §. 155 Note 7). In dem einen und dem andern

sie ungültig, wenn zwischen dem Uebertragungs- und dem Erwerbungswillen eine Differenz in Betreff irgend eines andern wesentlichen Punktes besteht. Ein wesentlicher Punkt ist der Gegenstand, an welchem Eigenthum erworben werden soll[14], nicht aber der Grund der Uebertragung und des Erwerbes[15].

6. Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbungswille braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern Willen genügt es, daß er aus den Umständen geschlossen werden kann[16]. Steht er aber fest, so bedarf es des Zurückgreifens

---

Fall aber eben auch nur dann, wenn der Empfänger eine gegentheilige Erklärung abgibt; schweigt er zu der Erklärung des Uebertragenden, so erklärt er dadurch seinen Consens zu derselben, obgleich er vielleicht innerlich einen andern Willen hat. Unter dieser Voraussetzung wird also in beiden Fällen das Eigenthum gemäß des Willens des Uebertragenden erworben (l. 13 D. de don. 39. 5, vgl. §. 155 Note 7). Will in dem ersten der genannten Fälle der Empfänger der Sache wirklich nicht für sich, sondern für den Andern haben, so kann er denselben nur auf dem Wege eines constitutum possessorium zum Eigenthümer machen. Die Behauptung, daß er ihn direct zum Eigenthümer mache, ist nicht haltbar. Die Literatur dieser Frage ist §. 155 Note 7 angegeben.

[14] L. 2 §. 6 D. pro emt. 41. 4, l. 36 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

[15] In Betreff dieses Punktes widersprechen sich l. 36 D. de A. R. D. 41. 1 und l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Die Entscheidung aus dem Princips führt zu dem im Texte aufgestellten Satz. Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben (nicht stillschweigende Bedingung). S. auch die Note 16a. A. M. Hofmann (§. 171 Note 51) S. 90 fg., vgl. auch Witte Schletter's Jahrb. X S. 12; doch finde ich bei diesen Schriftstellern das zuvor bezeichnete Argument nicht widerlegt. An Vereinigungsversuchen hat es übrigens in alter und neuer Zeit nicht gefehlt, vgl. Pagenstecher II S. 218 fg., Böcking II S. 162—164, Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII S. 233, Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. 1, Schütze Jahrb. d. gem. R. III S. 429 fg., und die bei Vangerow I §. 311 Anm. 3 a. E. Citirten, neuestens Jhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 389 fg.; aber keiner ist m. E. gelungen.

[16] Daraus können im einzelnen Fall Zweifel entstehen. Ein besonderer hierher gehörige Fall ist folgender. Jemand beauftragt den Eigenthümer einer Sache (etwa seinen Schuldner), das Eigenthum derselben einem Andern zu übertragen: wird hier vorher der Auftraggeber zum Eigenthümer gemacht (unter Beschaffung der Tradition durch constitutum possessorium), so daß der Beauftragte dessen Eigenthum als sein Stellvertreter überträgt: oder geht auf den Empfänger unmittelbar das Eigenthum des Beauftragten über? Das

auf die ihn begleitenden Umstände und der Darlegung des aus ihnen sich ergebenden Bestimmungsgrundes der Uebertragung nicht[16a].

7. Der Eigenthumsübertragung kann eine Bedingung oder eine Befristung hinzugefügt werden. Dafür gelten die gewöhnlichen Grundsätze[17]. Namentlich kommt es bei der auf Grund des Kaufvertrages vorgenommenen Eigenthumsübertragung häufig vor, daß das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten wird[18]. In einem solchen Vorbehalt ist im Zweifel eine auf-

---

Erste wird angenommen in l. 3 §. 12. 13 l. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 44 pr. D. de furtis 47. 2, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, das Zweite in l. 26 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 38 §. 1 de sol. 46. 3, l. 15 D. de R. C. 12. 1, vgl. auch l. 61 D. de evict. 21. 2, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 65 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die letzte Entscheidung wird als die allein richtige vertheidigt von Jhering Jahrb. f. Dogm. II S. 133—149.

[16a] Die Traditon ist s. g. Formal- nicht Materialact (vgl. II §. 318. 319). Der Wille als solcher erzeugt rechtliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund. Der Bestimmungsgrund der Tradition ist Erkenntnißquelle für den Eigenthumsübertragungswillen (§. 171 Note 5), nicht dasjenige, was ihm erst rechtlichen Bestand gibt. Dieß ist die herrschende Meinung (vgl. die Citate bei Leist S. 13 fg., Goldschmidt Handelsr. §. 79 Note 24), und so auch Exner S. 82 fg. 336, Bekker krit. VJSchr. IX S. 260 fg. 283. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, so von Gneist formelle Verträge S. 115 fg., Voigt condictiones ob causam 121 fg., Hesse Wesen und Arten der Verträge S. 43 fg., Brinz S. 1438. 1541. Leist S. 204 fg. erklärt zwar im Uebrigen die Tradition für einen Formalact, nimmt aber die Tradition aus Kauf aus, weil bei dieser der Eigenthumsübergang durch die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises bedingt sei; deßwegen könne allerdings durch Berufung auf die Tradition als solche der Eigenthumsübergang nicht gerechtfertigt werden, es müsse vorher feststehen, daß nicht ex causa venditionis tradirt sei. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 406 fg. nimmt eine historische Entwicklung an; nach der ursprüglichen Auffassung des römischen Rechts sei die Tradition Formal-, nach Justinianischem Recht aber Materialact.

[17] Daß die auflösende Befristung bei der Eigenthumsübertragung directe Wirkung habe, leugnen außer den §. 96 Note 6 Genannten auch Böcking II S. 179. 180, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 88 fg., Sintenis I §. 39 Note 9.

[18] Pactum reservati dominii. Glück XVI S. 229 fg. Gensler Arch. f. civ. Pr. II. 29 (1819). Müller Arch. f. civ. Pr. XII. 13 (1829) und civil. Abhandlungen Nr. 1 (1833). v. Geyso Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 11 (1832). Dunker Rhein. Mus. V. 4. 7 (1833). Hofmann Arch. f. civ. Pr. XVIII. 11 (1835). Leonhardt zur Lehre von den Rechtsverhältnissen an Grundeigenthum Nr. 4 (1843). Pfizer im Württemb. Arch. f. R. u.

lösende, keine aufschiebende Bedingung zu sehen[18a]. Gerade beim Kaufvertrag gilt aber außerdem die gesetzliche Regel[19], daß das

---

RVerwalt. XV S. 209 fg (1872). Sintenis I §. 49 Note 21, Vangerow I § 311 Anm. 2, Goldschmidt Handelsr. I §. 81 Note 29.

[18a] So namentlich Leonhardt a. a. O., ferner Müller und Hofmann a. a. OO. Für die aufschiebende Bedingung namentlich Dunker a. a. O., ferner v. Geyso, Vangerow, Goldschmidt a. a. OO. Beide Meinungen combinirt Sintenis a. a. O.; er sieht in einem solchen Vorbehalte theils eine aufschiebende, theils eine auflösende Bedingung, oder, wie er sich ausdrückt, „theils eine reine, theils eine modificirte Suspensivbedingung". Für die auflösende Bedingnng spricht in entscheidender Weise, daß die Parteien mit einem solchen Vorbehalte nichts bezwecken, als möglichste Sicherheit für den rückständigen Kaufpreis (oder der sonstigen von dem Erwerber zu machenden Leistungen, z B. Seuff. Arch. XVIII. 10. XX. 106) und daß es ihrem wahren Willen gewiß nicht gemäß ist, daß der Verkäufer bis zur Abtragung des Kaufpreises noch über die Kaufsache solle verfügen dürfen, und umgekehrt der Käufer des Verfügungsrechtes solle entbehren müssen. Man denke auch an den Fall, wo an das tradirte Grundeigenthum etwa politische oder communale Berechtigungen angeknüpft sind: stehen dieselben dem Käufer mit Eigenthumsvorbehalt nicht zu? Freilich, wenn die Parteien sich klar darüber ausgesprochen haben, daß Eigenthum nicht eher übergehen solle, bis der Kaufpreis abgetragen sei (vgl. l. 20 D. de prec. 43. 26, l. 20 l. 2 l. 21 D. loc. 19. 2, Seuff. Arch. VI. 147, XXV. 241—243), so ist die Sache entschieden. Aber Leonhardt hat gewiß Recht, wenn er bemerkt (S. 270), daß selbst solche „von den Parteien gebrauchte Ausdrücke, welche eher auf eine Suspensiv- als auf eine Resolutivbedingung hinzuleiten scheinen, wo möglich als Resolutivbedingung zu interpretiren" seien. Vgl. auch Gai. I. 140. Nur muß man eben auch eine eigentliche Resolutivbedingung annehmen, also im Erfüllungsfall eine Wiederauflösung des übertragenen Eigenthums ipso iure (§. 90); eine bloße obligatorische Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübertragung, wie sie Hofmann annimmt, leistet den Dienst nicht. Die Praxis ist der auflösenden Bedingung nicht günstig, im Uebrigen sehr zerfahren. Für aufschiebende Bedingung: Seuff. Arch. I. 188, II. 10, VII. 51, XVIII. 10; für aufschiebende Bedingung so weit es sich um Sicherung des Kaufpreises handelt: X. 14. 237. Für sofortigen Eigenthumsübergang mit Dispositionsbeschränkung: XXIV. 205, Für dingliche Wirkung im Allgemeinen: VI. 146, XII. 6, XXI. 25. Für bloßes Pfandrecht: XXIII. 135, s. auch XVII. 138. (Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 § 26.) Für Ungültigkeit des Vorbehaltes: I. 319. Vgl. noch XX. 106.

[19] §. 41 I. de R. D. 2. 1, l. 19. 53 D. de contr emt. 18. 1. Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen Nr. 1 (1827). Strempel iusta causa bei der Tradition §. 11 (1856). Leist Mancipation und Tradition S. 46 fg. 199 fg. (1865). Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 338 fg. (1867).

Eigenthumsrecht nicht eher übergeht, bis[19a] der Kaufpreis gezahlt oder dem Käufer, mit oder ohne Sicherheit, gestundet ist[19b]. Gestundet ist der Kaufpreis in allen Fällen, in welchen der Verkäufer nicht sofortige Entrichtung nach Empfang erwartet[19c]. —

---

Nissen die kaufrechtliche Tradition (s. a.). Hofmann über das Periculum beim Kaufe S. 170 fg. (1870). Thöl Handelsr. I §. 68. 69. Goldschmidt Handelsr. I §. 81.

[19a] Welches ist der Grund dieses Satzes? Nach meiner Meinung eine natürliche Billigkeit (§. 41 I. eod: „iure gentium, i. e. iure naturali id effici"), die dann in den 12 Taf. gesetzliche Anerkennung gefunden hat (eod., vgl. Hofmann S. 170). Leist hat diese natürliche Billigkeit, seiner allgemeinen Auffassung der naturalis ratio gemäß, zu einem „Naturgesetz", einer „Naturnothwendigkeit" gesteigert; s. dagegen Exner S. 341 fg., Bekker krit. VJSchr. IX S. 246 fg. Exner sucht die Erklärung des Satzes in der Unvollkommenheit des ältesten Contractsrechts, nach welchem dem Käufer weder actio venditi, noch condictio zugestanden habe, so auch Böcking II §. 147 Anm. 45 a. E.; Hofmann hält ihn für entlehnt aus dem griechischen Recht. Sehr verbreitet ist die Annahme, daß der Satz nur Interpretationssatz sei; ohne Zahlung oder Stundung des Kaufpreises sei der Eigenthumsübertragungswille nicht anzunehmen. So namentlich Strempel, Nissen, Thöl, Goldschmidt, Puchta Vorl. zu §. 148. Diese Annahme ist nicht ohne praktische Bedeutung; ist sie richtig, so muß das Eigenthumsrecht auch dann übergehen, wenn der Verkäufer irrigerweise annimmt, der Kaufpreis sei gezahlt, oder wenn ihm falsches Geld gezahlt wird. So in der That Goldschmidt §. 81 Note 23; dagegen Exner S. 322. 340, Leist S. 216 fg. Mit dem Wortlaute der Quellenaussprüche steht diese Behauptung nicht in Einklang, und zu einer beschränkenden Auslegung der Quellen sehe ich keine Nöthigung. Allerdings kann der Verkäufer auf das ihm gesetzlich zustehende Recht verzichten; aber zu diesem Verzicht genügt nicht der Wille, daß Eigenthum übergehen solle; es ist erforderlich der Wille, daß trotz nicht gezahlten Kaufpreises Eigenthum übergehen solle. Anderes sagt auch Bekker krit. VJSchr. IX S. 259 nicht.

[19b] Der solutio steht gleich (ist später gleichgestellt worden?) die satisfactio (§. 41 I. de R. D. 2. 1, l. 5 §. 18 D. de trib. 14. 4, l. 19. 53 D. de contr. emt. 18. 1; l. 11 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1, l. 38 §. 2 D. de lib. causa 40. 12), dann das fidem emtori habere, fidem emtoris sequi (§. 41 I. cit., l. 19 cit.). Leist S. 88 fg., Exner S. 348 fg., Goldschmidt S. 81 Note 13. 17—19.

[19c] Vgl. namentlich Cropp a. a. O., Thöl S. 422 fg., Goldschmidt S. 847 fg. Seuff. Arch. VI. 10, VIII. 40, XV. 201, XVI. 270. — Ist ohne Stundung übergeben, so ist der Empfänger zwar nicht Eigenthümer geworden, aber er hat gegen Dritte Publiciana actio (l. 8 D. de Publ. 6. 2), und gegen den Tradenten selbst Schutz, sobald er Zahlung anbietet. Exner

Die Besitzübergabe, in welcher der Eigenthumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finden muß, kann bestehen in einem unmittelbaren Verschaffen des Besitzes, aber auch in einem Gestatten der Inbesitznahme, worauf diese erfolgt[20]. Unter den ersten Fall gehört es auch, wenn der Uebertragende die Sache, welche er bis dahin in eignem Namen besessen hat, im Namen des Erwerbers zu besitzen anfängt, oder wenn er dem Erwerber gestattet, für sich zu besitzen, was derselbe bisher für den Uebertragenden besessen hat[21]. Hat der Erwerber bereits in eigenem Namen besessen, so wird die Besitzübergabe vertreten durch die in der Eigenthumsübertragung liegende Anerkennung des bestehenden Zustandes[22]. —

Daß durch die Eigenthumsübertragung die an der Sache stattfindenden Rechte Dritter nicht aufgehoben werden, versteht

---

S. 354 fg., Goldschmidt S. 852 fg. Nissen a. a. O. hat die eigenthümliche Ansicht zu begründen gesucht, der Empfänger erhalte keinen juristischen, sondern nur precären Besitz, und daher könne namentlich die Sache ihm von Verkäufer eigenmächtig wieder weggenommen werden. Die Argumente Nissen's sind nicht beweiskräftig; gegen ihn spricht l. 8 D. de Publ. 6. 2. S. auch Exner krit. VJSchr. XII S. 309 fg. — Hat der Verkäufer, welcher ohne Stundung tradirt hat, außer der rei vindicatio auch venditi actio, so daß er Eigenthum nicht zu behaupten und zu beweisen braucht? Dafür Goldschmidt a. a. O. Note 43, Exner a. a. O. S. 311, auf Grund der bonae fidei Natur des Kaufes (II §. 389 Note 1a). Seuff. Arch. XVI 270. Ich bin der gleichen Meinung: nach dem Rechte der Voraussetzung. Vgl. II §. 321 Num. 2. — Particularrechtliches Separationsrecht auch bei gestundetem Kaufpreis: Goldschmidt Handelsr. §. 82.

[20] Vgl. §. 153 Note 9; l. 47 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 6 D. de don. 39. 5, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2.

[21] S. g. constitutum possessorium (§. 155 Note 8) und brevi manu traditio (§. 154 Note 2). L. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28. 35 §. 5 C. de don. 8. 54, l. 46 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 62 pr. D. de evict. 21. 2. In l. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1 wird von diesem letzteren Fall gesagt, es liege gar keine Tradition vor, deren Stelle werde aber durch das Gestatten des Behaltens vertreten (wie es auch von dem Gestatten des Inbesitznehmens in l. 6 D. de don. 39. 5 heißt: „quasi traditio facta videtur").

[22] L. 21 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit". L. 46. 47 D. de R. V. 6. 1. Exner S. 21 fg., Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 38 fg.

sich von selbst[23]. Etwas Besonderes aber ist es, daß es auch Einreden gibt, welche mit dem Eigenthum auf den Erwerber übergehen[24].

## Veräußerungsverbote*.

### §. 172a.

Ein Veräußerungsverbot kann auf Gesetz, richterlicher Verfügung oder Privatwillen beruhen. Beruht es auf Gesetz, so

---

[23] L. 54 pr. l. 175 §. 1 l. 177 pr. D. de R. I. 50. 17.

[24] S. z. B. §. 78 Note 6, §. 80 Note 5, §. 112 Note 2, §. 132 Note 3, §. 197 Note 5. 6, II §. 337 Note 9.

* Lauk Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 1 (1841). Bachofen ausgewählte Lehren Nr. 2—7 (1848). Pagenstecher I §. VIII—XI, Vangerow I §. 299, Böcking II §. 158.

[1] Gesetzliche Veräußerungsgebote sind: das Verbot der Veräußerung der in Streit befangenen Sache (§. 125), des Dotal- und des zur Eheschenkung gehörigen Grundstücks (II §. 497. §. 508 Note 8), der Sachen des s. g. peculium adventicium durch das Kind ohne Consens des Vaters (II §. 517 Note 15). Ferner ist aber auch ein gesetzliches Veräußerungsverbot enthalten in den Bestimmungen, durch welche dem Vormund die Veräußerung der Sachen des Mündels (II §. 441) und dem Verwalter des Vermögens von Kirchen und milden Stiftungen die Veräußerung der unbeweglichen Sachen derselben (Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. alien. 3. 13) mehr oder weniger untersagt wird (Brinz S. 1110, vgl. denselben S. 1102. 1103 fg.) Man darf das Vorhandensein eines Veräußerungsverbotes in diesen letzten Fällen nicht deßwegen leugnen, weil die genannten Personen nicht Eigenthümer sind; denn immerhin liegt in der ihnen eingeräumten Stellung die Veräußerungsbefugniß an und für sich. Weniger Grund hat es, wenn man gewöhnlich auch das Verbot der Veräußerung des peculium adventicium durch den Vater (II S. 517 Num. 2) und des lucrum nuptiale durch den parens binubus (II §. 511 zu Note 6) zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten rechnet; die hier bezeichneten Personen sind weder Eigenthümer, noch in einer Stellung, welche sie zur Veräußerung an und für sich befähigte. Jedenfalls aber wird man in den Fällen, wo dem Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß wegen mangelnder Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71), von einem gesetzlichen Veräußerungsverbote nicht reden dürfen. — Beruht nicht auch die Veräußerungsunfähigkeit des mit einem Vermächtniß Beschwerten (l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43) wenigstens für gewisse Fälle auf einem gesetzlichen Veräußerungsverbot und nicht auf dem Rechte des Vermächtnißnehmers? So, und für den Fall des Erbschaftsvermächtnisses mit guten Gründen: E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach röm. Recht (1854). Vgl. §. 182 Note 14, III §. 648

ist die in Widerspruch mit demselben erfolgende Veräußerung regelmäßig[1a] nichtig[2]. Ein späteres Wegfallen des Veräußerungsverbotes (der thatsächlichen Voraussetzungen des Veräußerungsverbotes) vermag nach allgemeinen Grundsätzen die Ungültigkeit der Veräußerung nicht zu heben; jedoch kann jetzt der Eigenthümer die Nichtigkeit der Veräußerung nicht mehr geltend machen; es gelten hier dieselben Grundsätze, wie in dem Falle, wo der veräußernde Nichteigenthümer hinterher Eigenthümer wird[3]. Gleichfalls Nichtigkeit der Veräußerung hat ein richter-

Num. 4. — Antiquirte Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote in: l. 52 D. de contr. emt. 18. 1 (Bachofen a. a. O. Nr. 7), l. 2 C. de eunuchis 4. 42, Cod. 10. 33 de praediis decuriorum sine decreto non alienandis (Bachofen a. a. O. Nr. 6), l. 7 C. de agric. 11. 47, Cod. 11. 55 non licere habitatoribus metrocomiae loca sua ad extraneum transferre.

[1a] Ausnahme bei der res litigiosa, obgleich vielfach das Gegentheil angenommen wird. S. §. 125 Note 7.

[2] Die Nichtigkeit kann auch von dem Veräußerer selbst geltend gemacht werden (l. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 1 C. de praed. dec. 10. 33, l. 7 C. de agricol. 11. 47). Man hat sich dawider auf l. 17 D. de evict. 21. 2 berufen; aber diese Stelle handelt nicht von einem Fall, wo der Eigenthumsübergang gesetzlich verboten ist, vgl. auch l. 32 §. 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Es ist auch diese Befugniß des Veräußerers in der neueren Zeit ziemlich allgemein anerkannt worden (Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII S. 183—187, Schmid I S. 36. 37, Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 1, Böcking II § 158 Note 6, Pagenstecher I S. 71. 72, Sintenis I §. 38 Note 9, Holzschuher II §. 105 Note 2). Früher wurde vielfach das Gegentheil gelehrt, schlechthin oder mit Ausnahme der lediglich im Interesse des Veräußerers getroffenen Veräußerungsverbote, vgl. Lauk a. a. O. S. 8—10. Für das Veräußerungsverbot des Dotalgrundstücks wird diese Ansicht auch jetzt noch vertheidigt von Puchta Vorles. zu §. 417 a. E., Bachofen a. a. O. S. 108, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLII S. 167—172, Brinz S. 1232 fg.; s. dagegen Brandis a. a. O. S. 191—194, Vangerow I §. 218 Anm. 3, Arndts §. 402 Anm. 4, Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 430 fg. und Dotalrecht S. 204 fg., Bechmann Dotalrecht II S. 457. 459. Gegen das hier Gelehrte auch Seuff. Arch. VI. 217. 231, IX. 169, dafür XIX. 161, XXII. 12. a. E. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machende Veräußerer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob eine gültige Verpflichtung zur Veräußerung vorliegt (vgl. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung §. 3).

[3] In diesem Sinne ist, wie die Schlußworte unzweifelhaft machen, zu verstehen l. 42 D. de usurp. 41. 3. „Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta

liches Veräußerungsverbot zur Folge[4]. Anders aber verhält es sich mit den auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverboten. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Zwar wenn es mit Rücksicht darauf getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen Andern fallen soll, tritt Nichtigkeit der Veräußerung allerdings ein; aber Grund dieser Nichtigkeit ist nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sie würde ganz in gleicher Weise auch ohne dasselbe eintreten; ihr Grund ist das Recht des Dritten, oder, wenn überhaupt ein Veräußerungsverbot, ein gesetzliches (Note 1)[5]. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot begründet, wenn die Veräußerung dennoch erfolgt, ein Forderungsrecht auf Rückgabe des mit der Auflage

---

postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit".

[4] L. 12 D. de usurp. 41. 3, l. 7 §. 5 D. pro emt. 41. 4; l. 31 §. 4 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 8 D. de pollic. 50. 12. Seuff. Arch. XXIV. 206; s. auch II §. 400 Note 7. c. β. Manche (Lauk a. a. O. S. 3, Böcking II §. 158 Note 5, Brinz S. 190) wollen die richterlichen Veräußerungsverbote als eine besondere Art der Veräußerungsverbote nicht anerkennen. S. dagegen Pagenstecher I S. 68—70, Arndts §. 132 Note 2. Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 273 fg.

[5] L. 114 §. 14 D. de leg. I° 30, l. 69 §. 3 l. 77 §. 27 D. de leg. II° 31; l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Vgl. Note 1 und die dort citirte Schrift von E. A. Seuffert. Von einem Falle wie der hier bezeichnete ist auch zu verstehen l. 7 C. de reb. al. 4. 51. In l. 2 C. de usuc. pro emt. 7. 26 ist das Wirksame nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sondern die testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt (vgl. l. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27. 9 und Unterholzner Verjährungslehre I §. 38, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 362 fg.). Seuff. Arch. III. 302. — A. M. neuerdings Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 270 fg.: das testamentarische Veräußerungsverbot soll in allen Fällen Nichtigkeit begründen, wo demselben nur nicht „jedes erweisliche Interesse abgeht". Aber der wahre Sinn des „nudum praeceptum" in l. 114 §. 14 D. de leg. I° kann nach l. 38 §. 4 l. 69 §. 3 D. de leg. III° kaum zweifelhaft sein (Veräußerungsverbot ohne Fideicommiß zu Gunsten eines Andern), und die Beweiskraft von l. 69 §. 3 l. 77 §. 27 D. de leg. II° scheint mir von Fitting unterschätzt. L. 38 pr. D. de leg. III°, wo Mommsen nach Cujacius emendirt non ignoraverunt, ist doch wohl von der missio in rem des Fideicommissars (III §. 648 Note 11) zu verstehen. — Letztwillige Anordnung einer Strafe für den Fall der Veräußerung: vgl. Bruns fontes iuris Romani antiqui p. 158–159.

der Nichtveräußerung Gegebenen[6] oder auf Entschädigung[7]; aber nichtig macht es die Veräußerung nicht[8].

## C. Eigenthumsübergang durch Richterspruch.

### §. 173.

Der Richter kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsprocesse (Adjudication)[1]; ferner, wenn sich für das

[6] Nach dem Rechte der Voraussetzung (§ 98). L. 3 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

[7] L. 75 D. de. contr. emt. 18. 1, l. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 135 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Von der Gültigkeit der Obligation auf Nichtveräußerung reden auch l. 7 C. de reb. al. 4. 51, l. 9 C. de pact. imt. emt. 4. 54.

[8] L. 61 D. de pact. 2. 14. „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet". Gibt es Ausnahmen von diesem Satz? Eine unzweifelhafte aber antiquirte in l. 9 D. de manumiss. 40. 1, l. 9 §. 2 D. qui et a quib. 40. 9, l. 5 C. si manc. 4. 57. Vgl. darüber Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 546 fg. Eine andere ist nach der Lesart der Florentina enthalten in l. 7 §. 2 D. de distr. pign. 20. 5. „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur". Zwar hatten die Glossatoren Handschriften, in denen gelesen wurde: nullam esse pactionem (oder conventionem), ut venditioni stetur, und diese Lesart wird von Manchen für die richtige erklärt, indem Einige zugleich den Anfang so ändern: „si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere" (zu den Letzteren gehören namentlich Puchta Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 6 [kl. civ. Schriften Nr. 38] und Böcking II S. 193—195); aber bei der Bestätigung, welche die Florentina durch die Basiliken (XXV. 7. 7) empfängt, verdient jene Abweichung nicht die mindeste Beachtung. Soll hier geholfen werden, so kann dieß nur durch Conjectur geschehen, und sinnreich, aber allerdings ebenfalls gegen die griechische Ueberlieferung, schlägt jetzt Mommsen vor: „et certum est, nullam esse (sc. pactionem), *nec impediendam esse* venditionem, ut pactioni stetur." Nähere Literaturangaben bei Böcking a. a. O. und Vangerow I §. 299 Anm. Nr. 4; s. noch Dernburg Pfandr. II S. 20—28. Pagenstecher I S. 62 a. O. will die Stelle verstanden wissen von dem Vertrage über die Nichtveräußerung des dem Schuldner von einem Dritten (seinem Schuldner) gegebenen Pfandes. Dagegen Vangerow a. a. O., Arndts §. 132 Anm. 5. a. E. — Particularrechtlich kann das Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gewinnen. Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 263 a. E. Seuff. Arch. I 176.

§. 173. [1] Der Richter kann durch seinen Spruch sonst nur obligatorische Rechte

Pfand kein Käufer findet[2], und im Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Ersatz desselben Sicherheit zu geben beharrlich sich weigert[3]. Dadurch daß der Richter im Eigenthumsproceß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an[4]. Dagegen gehört in diesen Zusammenhang noch der Fall, wo der Richter ein Urtheil auf Eigenthumsübertragung erläßt und gegen den widerwilligen Beklagten durch Wegnahme der Sache vollstreckt; durch Uebergabe der Sache an den Kläger macht er denselben zum Eigenthümer, indem er den Willen des bisherigen Eigenthümers durch seinen Willen ersetzt[5].

## D. Eigenthumsübergang durch Gesetz.

### §. 174.

Unmittelbar durch Gesetz, ohne Vermittelung durch die Willenserklärung des Eigenthümers oder Richters, geht das Eigenthum über[1]:

---

begründen, im Theilungsproceß auch dingliche, und so auch Eigenthum, zu Gunsten der Theilhaber oder Fremder. S. §. 7 I. de off. iud. 4. 17, l. 6 §. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 17 D. de usurp. 41. 3, und vgl. II §. 449 Note 19—21.

[2] Nach römischem Recht war bei nicht gerichtlichen Pfändern eine Zuerkennung durch den Kaiser nöthig. L. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23, Cod. 8. 34. de iure dominii impetrando. Vgl. §. 238. — Geht nach heutigem Recht auch durch Zuschlag in der gerichtlichen Versteigerung sofort Eigenthum über? Dafür Dernburg Pfandr. II S. 263, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 193 fg. Seuff. Arch. XIX. 17, XXIV. 214.

[3] S. g. cautio damni infecti. S. II §. 458. 459. Nach römischem Rechte wurde durch den Spruch des Richters (Magistratus) nicht eigentliches Eigenthum erworben, sondern nur Besitz mit gerichtlichem Eigenthumsschutz (s. g. bonitarisches Eigenthum), welcher sich erst durch die Vollendung der Ersitzung in eigentliches (civiles) Eigenthum verwandelte. L. 7 pr. l. 15 §. 21. 23. 26. 27. 33 D. de damno inf. 39. 2.

[4] Vgl. l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5. „Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari". L. 35 §. 1 D. de R. V. 6. 1.

[5] Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. I S. 339 (römischer Civilproz. III S. 313. 314), Wetzell System des Civilproc. §. 50 Note 82,

1) in gewissen Fällen zur Strafe des Eigenthümers (Verwirkung); so[1a] das Eigenthum der dem Zoll entzogenen Sachen an die Zollbehörde[2]; das Eigenthum der zum Ehegewinn gehörigen Sachen im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der ersten Ehe[3]; das Miteigenthum an einem gemeinschaftlichen Gebäude im Falle verweigerter Beihülfe zur Reparatur an den Miteigenthümer[4]. Mit dieser letzteren Bestimmung läßt sich die andere zusammenstellen, daß das Eigenthum eines fruchttragenden, vom Eigenthümer vernachlässigten, steuerpflichtigen Grundstücks an denjenigen übergeht, welcher es in Cultur nimmt[5]. — Ferner gehören hierher

2) eine Reihe von Fällen, in welchen ein obligatorisch Berechtigter die Wahl hat, ob er sein obligatorisches Recht geltend machen, oder ob er die Sache, welche er zu fordern hat, bez. das für den Forderungsgegenstand Angeschaffte, sofort als die seinige in Anspruch nehmen will. Diese Befugniß steht zu: a) der Ehefrau, an welche nach aufgelöster Ehe die Dos fällt, in Betreff der vom Manne noch nicht in berechtigter Weise veräußerten Sachen[6]; b) dem Mündel in Betreff des vom Vormunde mit seinem Gelde Angeschafften[7]; c) dem Soldaten in Betreff des mit seinem Gelde Angeschafften[8].[9]

---

vgl. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht (Leipzig 1868) S. 105. A. M. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 2.

§. 174. [1] Zu den im Folgenden genannten Sätzen fügen Andere den allgemeinen Satz hinzu, daß jedes turpe lucrum, auf welches kein Dritter einen Anspruch habe, an den Fiscus falle. Dafür das Urtheil bei Seuff. XI. 155.

[1a] Vgl. auch §. 123 Note 4. 4a.

[2] L. 14 l. 11 §. 2 D. de public. 39. 4. Näheres: l. 16 §. 10 eod.; l. 7 §. 1 eod., l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4; l. 3 C. de vectigalibus 4. 61; l. 2 C. eod. (die Verwirkung kann nur binnen 5 Jahren geltend gemacht werden). Goldschmidt Handelsr. I §. 78 Note 22.

[3] S. II §. 511.

[4] S. §. 169a Note 4 Num. 4

[5] Der Eigenthumsübergang erfolgt jedoch erst, wenn sich der bisherige Eigenthümer binnen zwei Jahren nicht meldet und dem Bebauer seine Auslagen ersetzt. L. 8 C. de omni agro des. 11. 58. Schmid §. 7 Note 50, Vangerow I §. 313, Böcking §. 154. 1—o, Holzschuher II §. 106 Nr. 2.

[6] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Vgl. II §. 503 Num. 2.

[7] L. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 3 C. arb. tut 5. 51.

[8] L. 8 C. de R. V. 3. 32. Ob der Anschaffende Geschäftsführer des

## E. Ersitzung*.

### Einleitung.

### §. 175.

Der allgemeine Gedanke der Verjährung (§. 105) findet seine Anwendung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums; Eigen-

---

Soldaten war, oder nicht, ist gleichgültig. A. M. Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 145, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 352, Vangerow in der 7. Aufl. I S. 630. Es ist zuzugeben, daß diese beschränkende Auslegung der l. 8 C. cit. möglich ist; doch ist sie in keiner Weise geboten.

[9] In den unter b) und c) genannten Fällen wird dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis gegeben. Ich betrachte dieselbe als Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechts, wie die rei vindicatio utilis des bonitarischen Eigenthümers. Dagegen hat Jhering (Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.) die Ansicht aufgestellt, dieselbe sei nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs, und daher namentlich gegen jeden dritten Besitzer ausgeschlossen; und die gleiche Natur spricht Jhering der Vindication der Ehefrau auf die Dotalsachen zu. Nun ist es auch unbestreitbar, daß die rei vindicatio utilis der Quellen in einer Reihe von Fällen die bezeichnete Function wirklich hat. Dahin gehören unzweifelhaft die Fälle der l. 9 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, der l. 5 §. 3 D. de R V. 6. 1 (§. 34 I. de R. D. 2. 1) und der l. 55 vgl. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (Windscheid die Actio &c. S. 214—216), und auch die Fälle der l. 30 D. de mort. c. don 39. 6, der l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, und der l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55 bin ich jetzt geneigt, hierher zu stellen, nach dem Princip, daß ohne Noth keine Singularität, und nicht statt einer kleineren die größere angenommen werden soll. Dagegen vertragen m. A. nach eine solche beschränkende Auslegung weder l. 30 C. de I. D. 5. 12 noch l. 2 D. quando ex facto tut. 26. 9, jene nicht wegen ihres Schlußsatzes über den Beginn der Verjährung des Dotalanspruchs, diese nicht wegen der in ihr enthaltenen Zusammenstellung der rei vindicatio utilis mit der utilis in personam actio, welche unbezweifelt Ausdruck des übergegangenen Forderungsrechts ist. Die Auslegung der l. 2 cit. muß dann auch maßgebend sein für die Auslegung der l. 8 C. de R. V. cit. Windscheid a. a. O. S. 217. 218. Gegen Jhering: Arndts §. 145 Anm. 3 und Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI. 9, welcher Letztere in allen hier genannten Fällen „fingirtes Eigenthum" annimmt; theilweise wie hier Voigt condictiones ob causam §. 85, welcher aber die rei vindicatio im Jhering'schen Sinne noch weiter beschränkt, als hier geschehen. Neuestens: Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 517 fg. — Nach einer noch andern Meinung ist die Stellung des Mündels und des Soldaten (und des Ehegatten in l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) gleich der eines Cessionars der rei vindicatio, so daß zwar sein Klagerecht nicht auf die Person des Anschaffenden beschränkt sein, aber erlöschen soll, wenn dieser sein Eigenthums-

thümer ist, wer eine Sache längere Zeit hindurch besessen hat; man sagt, er habe die Sache ersessen[1]. Jedoch führt der lang-

recht verliert, und daher namentlich auch nicht gegen den Singularsuccessor gehen soll. So Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 2 und (für den Mündel) Dernburg Pfandrecht I S. 326. — Die neueste Bearbeitung dieser Lehre ist enthalten in der Schrift von Fr. Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, Marburg 1873. Dieser Schriftsteller nimmt in allen oben genannten Fällen Publiciana actio mit replicatio gegen die exceptio dominii an. In der That ist die Publiciana actio in denjenigen Fällen, wo der Kläger früher Eigenthümer war, wohl zu construiren (s. §. 199 Note 14); dagegen täuscht sich der Verf., wenn er sie auch in den Fällen für begründet hält, wo es sich um eine mit dem Gelde Jemandes angeschaffte Sache handelt oder wo die Ehefrau eine nicht von ihr gegebene Dos zurückfordert. Nach des Verf. Auffassung wird in diesen Fällen Stellvertretung im Erwerb des Eigenthums und somit Eigenthum des Eigenthümers des Geldes bez. der Ehefrau fingirt: aber, selbst wenn dieß zugegeben werden wollte, ist denn die actio Publiciana in allen Fällen begründet, wo Eigenthum fingirt wird? Die replicatio gegen die exceptio dominii gründet Schulin auf eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers (die Sache zu restituiren, Ersatz zu geben, sich als Stellvertreter behandeln zu lassen), und versagt sie deßwegen gegen seine Sondernachfolger: aber er gewährt sie gegen die Gläubiger im Concurse. Dieß halte ich für inconsequent. Denn wenn die Bedeutung der exceptio dominii die ist, daß der fingirte Eigenthümer nicht als Eigenthümer behandelt wird dem wirklichen Eigenthümer gegenüber, so hört der wirkliche Eigenthümer dadurch nicht auf Eigenthümer zu sein, daß er dem Kläger gegenüber die persönliche Verpflichtung hat, sein Eigenthum nicht geltend zu machen, und der Kläger hat daher gegen ihn nicht den Eigenthumsanspruch, sondern eben einen persönlichen Anspruch, welcher in den Concurs gehört. Noch weniger gerechtfertigt ist es, wenn Schulin die Publiciana actio auch gegen die im Namen des Eigenthümers Detinirenden versagt (S. 148). Hierfür spricht gar nichts. Vgl. zu den Ausführungen Schulin's auch Brinz krit. VJSchr. XVI S. 252 fg. — Fernere Literatur: Schmid S. 271—276, Pagenstecher III S. 22—25, Sintenis I §. 52 Anm. 7, A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 337 fg.

[1] Inst. 2. 6 de usucapionibus et longi temporis possessionibus. Dig. 44. 3 de usurpationibus et usucapionibus; 41. 4—10. Cod. 7. 33 de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; 7. 26—31. 34—40. — Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1827), 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer (1858), an den betreffenden Stellen. Reinhardt die Usucapio und Praescriptio des Römischen Rechts (1832). Schirmer die Grundidee der Usucapion im römischen Recht (1855), und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 7. 9. XVI. 1 (1858. 1859). Pagenstecher II S. 229—355, Schmid I S. 184—267. Böcking II §. 144—149, Sintenis I §. 51, Vangerow I §. 314—325. — Vgl. auch Zroblowski Unter-

dauernde Besitz nicht in allen Fällen zum Eigenthumserwerb; die Ersitzung hat außer dem Besitze noch andere Erfordernisse. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen Ersitzung und der von Justinian neu eingeführten außerordentlichen. Zu jener ist erforderlich, daß der Besitz zugleich subjectiv redlich und objectiv gerechtfertigt gewesen sei[2]; außerdem erleidet sie Ausnahmen in solchen Fällen, in welchen der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer eine unbillige Härte sein würde. Die außerordentliche Ersitzung verlangt nichts, als Vollendung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache bei Redlichkeit des Besitzes. —

Die ordentliche Ersitzung des römischen Rechts ist zusammengewachsen aus zwei ursprünglich sehr verschiedenen Instituten,

---

suchungen aus dem österreichischen Civilrecht mit Berücksichtigung des römischen Rechts und der neueren Gesetzbücher (Prag 1872) S. 1—126.

[1] Die deutschen Ausdrücke „ersitzen, Ersitzung" entsprechen unmittelbar den römischen „usucapere, usucapio". Die Stellen, in welchen der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke bezeichnet wird, s. in dem citirten §. 105 Note 3 und 4. Von den verschiedenen Schriftstellern wird der der Ersitzung zu Grunde liegende Gedanke in verschiedener Weise gefaßt, indem bald mehr die Zeit (so unter den Neueren namentlich Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der Römischen Usucapionslehre [1852]), bald mehr der gute Glaube, bald mehr der Titel (Scheurl Beiträge II Nr. 15), bald mehr der Besitz (Schirmer die Grundidee ꝛc. §. 1. 2) betont wird. Dem Letzteren ist die Ersitzung „die thatsächlich durchgeführte und mit Rücksicht darauf auch vom Rechte anerkannte Unterwerfung der Sache unter die Herrschaftssphäre der vermögensrechtlichen Persönlichkeit". §. 175.

[2] Daß, wenn der Besitz diese Eigenschaften nicht hat, der Besitzer sie ihm durch seinen Entschluß nicht geben kann, versteht sich von selbst. Wenn es nichtsdestoweniger in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird („nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest"), so hat das lediglich einen historischen Grund. Im älteren Recht gab es nämlich Fälle, in denen ohne Redlichkeit und Rechtfertigung ersessen werden konnte (Gai. II. 52—60); für diese Fälle hatte jene Regel guten Sinn: es sollte Niemand einen in anderer Meinung ergriffenen Besitz zu einer solchen Ersitzung benützen können, vgl. l. 33 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 1. 2 D. pro her. 41. 5. Später ist dann die Regel auch auf andere Fälle der Ersitzung, ja über die Ersitzung hinaus, angewendet worden, wo sie sehr überflüssig war. Vgl. l. 33 §. 1 D. h. t., l. 2 §. ult. D. pro emt. 41. 4, l. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6, l. 3 §. 19. 20 D. de poss. 41. 2, l. 6 §. 3 D. de prec. 43. 26, l. 23 C. loc. 4. 65, l. 5 C. de poss. 7. 32. Unterholzner I §. 100, Savigny Besitz S. 75—80

der usucapio und der longi temporis praescriptio. Justinian hat der usucapio die unbeweglichen Sachen, der longi temporis praescriptio die beweglichen entzogen, die letztere zugleich auf alle unbeweglichen Sachen ausgedehnt. Dabei setzt er voraus, daß nach den von ihm getroffenen Aenderungen ein Unterschied zwischen dem Recht der usucapio und dem der longi temporis praescriptio nicht mehr bestehe; und diese Voraussetzung ist in der That zutreffend[3]. —

Im Folgenden ist näher von den Erfordernissen zuerst der ordentlichen, dann der außerordentlichen Ersitzung zu handeln.

## Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

### a. Besitz.

### §. 175a.

Das erste Erforderniß der ordentlichen Ersitzung ist Besitz, und zwar Besitz im juristischen Sinne des Wortes, juristischer

(82—86), Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI S. 433 fg. (hier auch die übrige Literatur). S. auch Rudorff Anhang zu Sav. Nr. 24—27.

[3] Ueber die Geschichte der Ersitzung im römischen Rechte s. Unterholzner II §. 173—178, Puchta Inst. II §. 239. 240. Das Gesetz, durch welches Justinian dem Recht der ordentlichen Ersitzung seine letzte Gestalt gegeben hat, ist vom Jahre 531, und steht im Codex als l. un. de usucapione transformanda 7. 31. Vgl. den Bericht darüber in pr. I. de usuc. 2. 6. Der Sinn der l. un. C. cit. ist übrigens ein sehr bestrittener. Der im Text aufgestellten Ansicht gegenüber behaupten Andere, Justinian habe durch dieses Gesetz ein einiges Rechtsinstitut geschaffen, streiten aber unter sich darüber, ob dieses Rechtsinstitut als usucapio oder als longi temporis praescriptio gedacht werden müsse (für die erste Meinung u. A. Unterholzner II §. 178, Savigny VI S. 57—60, Vangerow I §. 316, Sintenis I §. 51 Note 7, und im Resultate auch Brinz S. 207; für die zweite u. A. Schmid I §. 14 Note 3, May über den Character der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach der Const. un. C. de usuc. transform. [1847], Pagenstecher II S. 245). Die hier vertretene Ansicht, nach welcher Justinian auch in der l. un. C. cit. zwischen usucapio und l. t. praescriptio noch unterscheidet, findet sich schon in der Glosse; unter den Neueren theilen sie u. A. Hameaux die Usucapio und longi temporis Praescriptio (1835), Madai Beiträge zur Dogmengeschichte Nr. 1 (1839; dieser mit einer ihm eigenthümlichen Modification), Puchta §. 155 a. E., Arndts Beiträge I S. 94—101 und Pand. §. 157 Anm. 6. Daß im neuesten Recht zwischen usucapio und praescriptio kein Unterschied mehr bestehe, wird an den betreffenden Punkten

Beſitz, d. h. thatſächliches Haben der Sache mit dem Willen, die Sache für ſich, wie ein eigene, zu haben, thatſächlich verwirklichter Aneignungswille (§. 148)[1]. Was nicht beſeſſen werden kann, kann nicht erſeſſen werden, ſo nicht die Sachgeſammtheit (§. 152 Note 3) und der Sachbeſtandtheil (§. 152 Note 5). Es iſt jedoch, was den Sachbeſtandtheil angeht, bereits bemerkt worden (a. a. O.), daß die begonnene Erſitzung einer Sache dadurch nicht unterbrochen wird, daß der Beſitzer ſie in eine andere von ihm beſeſſene Sache als Beſtandtheil einfügt, und wenn nach vollendeter Erſitzung eines Ganzen daſſelbe in ſeine Beſtandtheile zerlegt, oder ein Beſtandtheil von demſelben losgelöſt wird, ſo lebt das Eigenthumsrecht, welches vor der Verbindung an den Beſtandtheilen als ſelbſtändigen Sachen vorhanden geweſen iſt, nicht unbedingt wieder auf, nämlich dann nicht, wenn es demjenigen zuſtand, der auch Eigenthümer des erſeſſenen Ganzen war, und die Verbindung auf ſeinem Willen beruhte[2].

---

zu zeigen ſein. S. §. 180 Note 7, §. 182 Note 11. Eine Reihe von Unterſcheidungen hat Hameaux in der oben citirten Schrift aufgeſtellt; dagegen May §. 2—10 und Stephan Arch. f civ. Pr. XXXIV. 8. 16.

[1] L. 3. 25 D. h. t., l. 13 pr. eod. — Wie erklärt ſich l. 44. §. 4 D. h. t.? „Filiusfamilias emtor alienae rei, cum patremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit". Der Hausſohn hat zwar nicht direct für ſich beſeſſen, aber auch nicht für den Vater, ſondern für ein Vermögen (das peculium iſt „quasi pratrimonium liberi hominis", l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1), welches das ſeinige war, ohne daß er es wußte. Vgl. Scheurl Beträge II S. 59 und unten §. 176 Note 6 a. E., §. 177 Note 9.

§. 175a.

[2] Eine ſehr beſtrittene Frage. Die Quellen enthalten die Entſcheidung (l. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 44. 1), daß, wenn Jemand mit fremdem Baumaterial auf ſeinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet habe, und dieſes Gebäude dann von einem Andern erſeſſen worden ſei, der urſprüngliche Eigenthümer des Baumaterials daſſelbe nach ſeiner Ablöſung trotz der in der Mitte liegenden Erſitzung als das ſeinige in Anſpruch nehmen könne. In dieſer Entſcheidung ſieht Savigny (Beſitz S. 304. 308. S. LXVII—LXXII [265. 268. 271—275], zuſtimmend Kierulff S. 376 Note **, Pape Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 241) eine poſitive Ausnahme, beruhend auf der durch die 12 Tafeln verfügten Unlösbarkeit des eingebauten Baumaterials, während ſonſt die Regel die ſei, daß das durch Erſitzung an einem Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflöſung des Ganzen

b. Redlicher Beſitz (guter Glaube)*.

§. 176.

Nicht jeder Beſitz reicht zur Erſitzung hin, ſondern nur der redliche Beſitz[1], oder wie man gewöhnlich, auf Grund des quellen=

---

in ſeine Theile nicht aufgehoben werde. Andere (Windſcheid Sell's Jahrb. I S. 469—471, Vangerow I §. 204 Anm. 2 Nr. 3, Binding Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 365—367. 383—385, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 155 fg.) ſehen in dieſer Entſcheidung umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die Erſitzung eines Ganzen das Eigenthum ſeiner Beſtandtheile als ſelbſtändiger Sachen, d. h. auch für die Zeit, wo dieſelben durch Loslöſung wieder ſelbſtändige Sachen geworden ſeien, nicht gewähre, beſchränken aber dieſe Regel auf den in den genannten Stellen bezeichneten Fall, wo der Eigenthümer der verbundenen Sache ein anderer ſei, als der Eigenthümer des erſeſſenen Ganzen. Noch Andere (Unterholzner I S. 155. 156, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX S. 86—90, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI S. 381—385) laſſen auch dieſe Beſchränkung fallen, und ſtellen den allgemeinen Satz auf, daß die Erſitzung eines Ganzen nie Eigenthum ſeiner Beſtandtheile als ſelbſtändiger Sachen gewähre, alſo auch der frühere Eigenthümer des erſeſſenen Ganzen ſie nach ihrer Trennung als die ſeinigen in Anſpruch nehmen könne, wenn er vor ihrer Verbindung an ihnen als ſelbſtändigen Sachen Eigenthum gehabt habe. — Die Savigny'ſcher Meinung iſt gewiß unhaltbar. Die angeführten Stellen geben ſehr beſtimmt den Grund ihrer Entſcheidung an; dieſer iſt aber nicht die Unlösbarkeit des Baumaterials, ſondern eben der, daß im Ganzen (dem Gebäude) nicht der Beſtandtheil als ſelbſtändige Sache (das Baumaterial als dieſes) erſeſſen werde („nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat"; „causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent, quod non placuit"). Die Frage kann daher nur die ſein, ob dieſe Regel als unbedingte aufgeſtellt, oder im Sinne der zweiten Anſicht beſchränkt werden müſſe. Ich bin jetzt der Anſicht, daß ſie an und für ſich allerdings als unbedingte anerkannt werden muß. Iſt in der That der Beſtandtheil als ſelbſtändige Sache etwas Anderes, als er in ſeiner Eigenſchaft als Beſtandtheil iſt, ſo iſt er das für Jedweden; es iſt nicht abzuſehen, warum er es für den einen Eigenthümer weniger ſein ſollte, als für den andern. Es iſt dabei aber zuzuſehen, ob in einem gegebenen Fall derjenige, welcher vor der Einfügung des Beſtandtheils an ihm als ſelbſtändiger Sache Eigenthum hatte, ihn auch nach ſeiner Trennung noch als Gegenſtand beſonderen Eigenthumsrechts zu behandeln befugt iſt, und dieſe Befugniß darf ihm, wie ich glaube, in dem Falle nicht zugeſtanden werden, wo er ſelbſt die Verbindung vorgenommen, oder die von einem Andern vorgenommene anerkannt hat. Dadurch, daß er dieß gethan hat, hat er auf das Eigenthum an dem Verbundenen als

mäßigen Ausdruck bona fides[1a] ſagt, der Beſitz in gutem Glauben. Unter gutem Glauben iſt zu verſtehen die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles[2] Unrecht begehe[3]. Der gute Glaube wird ſich regelmäßig darſtellen als die

---

ſelbſtändiger Sache definitiv verzichtet, und den Willen an den Tag gelegt, daß er an demſelben nur in ſeiner Eigenſchaft als Beſtandtheil Eigenthum haben wolle. Dieſe Inſtanz gegen ihn fällt aber fort, wenn die Verbindung nicht mit ſeinem Willen geſchehen iſt. In dieſem Falle daher (wenn alſo z. B. der Beſitzer des Hauſes während der Erſitzungszeit Baumaterial, welches dem Eigenthümer des Hauſes gehört, in daſſelbe einfügt) kann er den losgelöſten Beſtandtheil als den ſeinigen in Anſpruch nehmen, trotzdem daß gerade ihm das Eigenthum des Ganzen aberſeſſen worden iſt.

* Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820). Stintzing das Weſen von bona fides und titulus in der römiſchen Uſucapionslehre (1852). Scheurl Beiträge II Nr. 15 (1854). Schirmer Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. XV. 7. 9 (1858). Burckhard daſ. XXI. 9. 10. (1864). Wächter die bona fides insbeſondere bei der Erſitzung des Eigenthums (1871). Bruns das Weſen der bona fides bei der Erſitzung (1872). Unterholzner I §. 94—101. 117—121.

[1] L. 2 §. 1 D. pro emt. 41. 4. §. 176.

[1a] Vgl. Bruns S. 17 fg. 78 fg.

[2] Darüber das Nähere in Note 6. 7. Vgl. Schirmer XV S. 229—252. Wächter a. a. O. S. 8—14.

[3] Es iſt gleich, ob man die Definition des guten Glaubens auf die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts, oder auf die Ueberzeugung von dem Vorhandenſein des Rechts ſtellt; denn jene iſt dieſe. Die Ueberzeugung von der Abweſenheit des Unrechts beginnt erſt mit der Ueberzeugung von dem Daſein des Rechts: die Aneignung einer Sache iſt ſo lange Unrecht, bis ſie Recht iſt. Eine andere Frage aber iſt, ob zu dem guten Glauben überhaupt eine poſitive Ueberzeugung verlangt werden muß, oder ob zu demſelben die Abweſenheit der Ueberzeugung des Unrechts genügt. Man muß ſich für das Erſtere entſcheiden. Von demjenigen, welcher ſich eine Sache aneignet, ohne irgend welche Gründe für Recht oder Unrecht zu haben, wird man gewiß nicht ſagen dürfen, er verfahre in gutem Glauben; ebenſo wenig aber von demjenigen, welcher im Zweifel iſt, d. h. bei dem zwar die Gründe für das Unrecht durch die Gründe für das Recht aufgewogen werden, aber auch umgekehrt dieſe durch jene. Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder der andern Seite, ſo iſt immerhin eine Ueberzeugung vorhanden. S. l. 6 §. 1 D. pro emt. 41. 4. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum“. L. 4 pr. eod. Vgl. Schirmer XV S. 214—229, Wächter a. a. O. S. 34—44. 123, Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 194 fg. Abweichend, aber nicht durchweg mit

Ueberzeugung, daß man Eigenthümer geworden ſei[4]; aber nothwendig iſt dieß nicht[5], er kann vorhanden ſein ohne dieſe Ueberzeugung[6], und kann fehlen, obgleich man dieſe Ueberzeugung hat[7].

---

Auseinanderhaltung der beiden hier geſchiedenen Fragen, Stintzing S. 57 fg. 123, Scheurl Beiträge S. 67, Sintenis I §. 51 Note 9, Burckhard S. 329—337, theilweiſe Böcking §. 147.

[4] Vgl. l. 38 D. h. t., l. 5 D. pro suo 41. 10, l. 1 pr. eod., l. 20 §. 6 D. de H P. 5. 3.

[5] Die früher herrſchende Auffaſſung identificirte den guten Glauben mit dem Glauben, Eigenthümer geworden zu ſein (ſ. namentlich Möllenthiel §. 4), und dieſe Auffaſſung findet ſich auch noch bei neueren Schriftſtellern (ſo bei Savigny III S. 370 fg., Puchta §. 157, Keller §. 133, vgl. Böcking S. 101. 102). Es iſt der Verdienſt Stintzing's, auf das Irrige derſelben hingewieſen zu haben. Dieſer Schriftſteller geht aber ſeinerſeits zu weit, wenn er den guten Glauben zu etwas rein Negativem macht, zur Abweſenheit des Bewußtſeins des Unrechts. S. auch Burckhard S. 287 fg.

[6] L. 5 pr. D. pro. der. 41. 7. „Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est". Hierher gehört der zweite Theil der Stelle. Der Käufer weiß, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer iſt und ihn nicht zum Eigenthümer macht; aber er weiß auch, daß derſelbe mit dem Willen des Eigenthümers die Sache als eigene hat und darüber verfügt (daß die Schenkung des Eigenthümers ihm „causam possidendi praestitit", l. 36 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, vgl. l. 29 D. h. t., Vat. fr. § 260), daß alſo auch er ſelbſt, indem er ſich die Sache aneignet, materiell kein Unrecht thut. In gleicher Weiſe kann der beſchenkte Ehegatte ſelbſt erſitzen, wenn der ſchenkende nicht Eigenthümer war, l. 25 D. de don. i. v. e u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6. (L. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6 handelt von der Schenkung einer eigenen Sache [vgl. übrigens zu dieſer Stelle Unterholzner I S. 393, Savigny IV §. 156. e]; ebenſo l. 19 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1; beide Stellen beruhen darauf, daß der Beſchenkte nicht zum Nachtheil des Schenkers reicher werden ſoll.) Einen andern Fall, wo erſeſſen wird „quamvis sciens alienum possideam", ſ. in l. 28 D. de nox. act. 9. 4 „quoniam . . iustam causam possidendi habeo"). Vgl. auch Vat. Fr. 1. Wie erklärt ſich aber l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175a Note 1)? Iſt der Hausſohn nicht im Bewußtſein materiellen Unrechts, indem er ſich aneignet, wovon er glaubt, daß es ſeinem Vater gehöre? Antwort: die Stelle nimmt gar nicht an, daß der Sohn die Sache ſich aneignen wolle, ſie nimmt an, er wolle die Sache für ſein Peculium erwerben und haben („rem ex peculiari causa quaestiam"). — Ein Fall der Erſitzungsmöglichkeit bei Wiſſen des Beſitzers, daß er nicht Eigenthümer geworden ſei, iſt auch der der Tradition eines Grundſtücks unter einer

Wenn man vom Falle des Rechtsirrthums absieht[7a], so läßt sich der gute Glaube auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit das Eigenthum bez. Nichteigenthum des Rechtsvorgängers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als Glauben an das Eigenthum oder Nichtwissen von dem Nichteigenthum des Rechtsvorgängers[8].

---

Gesetzgebung, welche für den Eigenthumsübergang Eintragung in das Grundbuch fordert (doch bleibt hier die Ersitzung gegen den Eingetragenen selbst ausgeschlossen). Vgl. Dernburg Preuß. Privatr. I S. 522.

[7] L. 48 D. h. t. „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse . .". Ebenso l. 3 D. pro suo 41. 10. Vgl. auch l. 7 §. 6 D. pro emt. 41. 4 und l. 6 C. de praescr. l. t. 7. 33 (zu der letzten Stelle Schirmer XV S. 249. 250). L. 13 §. 2 D. h. t. enthält keinen Widerspruch, entweder weil nicht angenommen wird, daß der Beauftragte die Absicht habe, daß Erworbene dem Auftraggeber vorzuenthalten, oder weil er jedenfalls in der ursprünglichen Aneignung der Sache kein Unrecht thut, nur in dem Behalten derselben. S. aber auch Schirmer S. 245—247, Wächter a. a. O. S. 32 Note 1. Vgl. noch l. 8 D. pro emt. 41. 4.

[7a] S. §. 178 Note 2.

[8] Gai. II. 43: — „si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui tradiderit, dominum esse". Pr. I. h. t.: — „qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit". Theoph. ad h. l.; l. 27 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 109 D. de V. S. 50. 16. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit, eum qui vendidit, ius vendendi habere, puto procuratorem aut tutorem esse". L. 2 §. 13. 17 l. 6 §. 1 l. 7 §. 4. 5. 6 D. pro emt. 41. 4. Vgl. l. 13 §. 1 D. h. t. „Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse receptum est". Auf Grund dieser Quellenaussprüche will Brinz S. 210—213 die Definition des guten Glaubens auf den Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors oder an die Vollmacht seines Vertreters gestellt wissen, so daß die Kenntniß von sonstigen Gründen, durch welche die Aneignung unbefugt wird, nicht mala fides wäre. So auch Vangerow in der 7. Aufl. I §. 321 Anm. 1. Dawider Burckhard S. 310 fg.

## §. 177.

In Betreff des Erfordernisses des guten Glaubens ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1. Der gute Glaube muß zur Zeit der Besitzergreifung vorhanden sein; erfolgt dieselbe aber auf Grund eines Kaufes, schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufes[1]. Diese Vorschrift des römischen Rechts ist heutzutage auf jedes Rechtsgeschäft auszudehnen, in welchem, wie im Kauf, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist[2].

2. Der gute Glaube braucht nach römischem Recht nur zu

---

§. 177. [1] L. 2 pr. §. 13 D. pro emt. 41. 4, l. 48 D. h. t. (über l. 10 pr. eod. vgl. Unterholzner I S. 422 Note 413, Böcking II §. 147 Note 42), l. 7 §. 16. 17 D. de Publ. 6. 2, l. 15 §. 3 l. 44 §. 2 D. h. t. Der Grund dieser Bestimmung ist, daß im Kauf nicht die Verpflichtung zur Abtretung der Sache übernommen, sondern die Sache abgetreten wird; nach der Intention der Parteien liegt in dem Kaufe eine sofortige Ueber- und Aneignung. Unser Satz hat also den gleichen Grund, wie der Satz, daß mit Abschluß des Kaufvertrages sofort die Gefahr auf den Käufer übergehe (II §. 321 Note 18. 19). So auch Scheurl a. a. O. S. 63. 64; andere Meinung bei Stintzing S. 113—117 (der aber jetzt Jahrb. f. Dogm. X S. 195 sich der hier aufgestellten Ansicht anschließt), Böcking S. 190—110, Schirmer XV S. 293—302; Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 288 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 1 fg. Anm. Ubbelohde über die usucapio pro mancipato (1873). Dieser letztere Schriftsteller ist so kühn (oder verwegen?), in l. 2 pr. §. 13 pro emt., l. 48 D. h. t., l. 7 §. 16. 17 D. de Publ. eine Interpolation anzunehmen: diese Stellen hätten ursprünglich nicht vom Kauf, sondern von der Mancipation gehandelt. Indem er sodann l. 10 pr. h. t. (s. o.) so versteht, daß sie den oben genannten Stellen einfach widerspreche, gelangt er dazu, den ganzen Satz für das Justinianische Recht wegzuwerfen.

[2] So namentlich auf den Tausch, die Schenkung und die Bestellung einer Dos. Ist der in der vorigen Note angegebene Grund des Satzes richtig, so ist dieß eine nothwendige Consequenz. Daß die Römer den Satz nur bei dem Kaufe anerkannt haben, erklärt sich daraus, daß unter allen Uebereignungsgeschäften nur der Kauf ohne Form rechtlichen Bestand hatte (die ganz späten Bestimmungen über die Schenkung und die Dotalbestellung kommen hier nicht in Betracht), bei Beobachtung der nöthigen Form aber entweder Stipulation vorhanden war, also ein auch der Intention nach bloß obligatorisches Geschäft, oder Mancipation oder Injurecession, also Eigenthumsübertragung auch der Form nach. Anderes, als hier gesagt ist, meint wohl auch der oft mißverstandene Puchta Inst. II §. 239. nn nicht, Vgl. II §. 321 Note 19. §. 365 Note 18.

Anfang vorhanden zu ſein, er darf hinterher wieder wegfallen[3]; nach heutigem, auf einer Vorſchrift des canoniſchen Rechts beruhenden Rechte aber muß der gute Glaube bis zum Schluſſe der Erſitzung ununterbrochen fortdauern[4].

3. Wenn der Beſitz durch einen Stellvertreter erworben wird[5], ſo kommt es gleichwohl lediglich auf den guten Glauben des Beſitzers, alſo des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters an[6]. Dieß erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen, in welchen der Beſitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird (§. 155 a. E.); hier iſt nothwendig der gute Glaube des Vertreters, es ſchadet aber auch der böſe Glaube des Vertretenen[7].

4. Der gute Glaube als ein rein Innerliches kann nicht direct bewieſen, es kann nur auf denſelben aus den die Beſitzergreifung begleitenden Umſtänden geſchloſſen werden. Die Anführung und der Beweis von Umſtänden, welche den Schluß auf den guten Glauben und ſeine Entſchuldbarkeit rechtfertigen, iſt Sache des ſich auf die Erſitzung Berufenden[7a]. Wird aber von dem Gegner behauptet, daß das anfänglich redliche Bewußtſein ſich hinterher in ein unredliches verwandelt habe, ſo muß der Gegner That=

---

[3] L. 48 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. un. §. 3 C. de usuc. transf. 7. 31. Vgl. Stintzing S. 38—39, Scheurl S. 63, Schirmer XV S. 292.

[4] C. 20 (3. 5) X. de praescr. 2. 26. Vgl. §. 111 Note 1. Ueber die Meinung, daß die canoniſche Vorſchrift ſich nur auf die praescriptio, nicht auf die usucapio beziehe (Hameaux S. 139 fg.) ſ. Vangerow I §. 321 Anm. 2.

[5] Vangerow I §. 321 Anm. 3, Scheurl Beitr. I S. 220—231, Böcking §. 147. d. e. f, Schirmer XV S. 279—291.

[6] Und zwar auf den guten Glauben des Vertretenen zu der Zeit, wo er von der für ihn geſchehenen Beſitzergeifung erfährt, weil früher die Erſitzung nicht beginnt. L. 47 D. h. t., l. 49 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 C. de acq. et ret. poss. 7. 32, l. 2 §. 12 D. pro emt. 41. 4.

[7] L. 2 §. 10—13 D. pro emt. 41. 4, l. 43 §. 1 D. h. t. Nach römiſchem Recht ſchadet nur der böſe Glaube des Vertretenen zur Zeit der Beſitzergreifung, l. 2 §. 13 cit.

[7a] Und in dieſem Sinne muß er ſeinen guten Glauben allerdings beweiſen. Nach einer anderen, weitverbreiteten Auffaſſung bedarf der gute Glaube eines Beweiſes überhaupt nicht; er ſoll beruhen auf einer „geſetzlichen Vorausſetzung oder Annahme". So neueſtens Wächter a. a. O. S. 44.

ſachen anführen und beweiſen, aus denen auf dieſe Verwandlung geſchloſſen werden kann[8].

5. Der gute Glaube iſt kein abſolutes Erforderniß. Böſer Glaube ſchadet nicht, wenn er auf einer irrigen Annahme beruht[9].

c. Gerechtfertigter Beſitz (Titel)[*].

## §. 178.

Das Wichtigſte, was von dem guten Glauben ausgeſagt werden muß, iſt, daß derſelbe kein leichtfertig gefaßter ſein darf. Dieß läßt ſich auch ſo ausdrücken: es muß der Irrthum,

---

[8] Vgl. Seuff. Arch. III. 114, X. 135. Burckhard S. 337 fg.

[9] L. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4. „Si sub condicione emtio facta sit, pendente condicione emtor usu non capit, idemque est et si putet condicionem exstitisse, quae nondum exstitit; similis est enim ei, qui putet se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum“. Dagegen gehört nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch der Satz hierher, daß der beſchenkte Ehegatte erſitzen kann (l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 9). In dieſem Falle iſt gar kein böſer Glaube vorhanden, ſ. §. 176 Note 6. Vgl. auch §. 178 Note 7. Ebenſowenig gehört hierher l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175a Note 1). Auch hier handelt es ſich von keinem bösgläubigen Beſitzer, was die Stelle ausdrücklich leugnet, vgl. §. 176 Note 6. — Mit dem aufgeſtellten Satz ſteht in Widerſpruch l. 32 §. 1 D. h. t. „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio“. Die Stelle trägt eine dem Verfaſſer, Pomponius, eigenthümliche Meinung vor; auch in anderer Beziehung betonte dieſer Juriſt, wie aus l. 46 §. 8 D. de furt. 47. 2 hervorgeht, das Subjective in einer Weiſe, welche keine Anerkennung gefunden hat. Ueber die verſchiedenen Meinungen ſ. Savigny III S. 371 Note a, Stintzing S. 85—87, Scheurl S. 60—62, Böcking §. 147 Note 4, Schirmer XV S. 237—244, Voigt condictiones ob causam S. 215 Note 127, Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 541 fg., Wächter S. 98—100, Ubbelohde Zeitſchr. f. RGeſch. XI S. 256.

[*] Unterholzner I §. 102—116. Stintzing und Scheurl an den beim vorigen §. cit. Orten. Schirmer a. a. O. XVI. 1. Fitting über das Weſen des Titels bei der Erſitzung, Arch. f. civ Pr LI. 1. 15. LII. 1. 9. 16 (1868. 1869). O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Uſucapion S. 109—249 (1871). (Vgl. Bekker krit. VJSchr. XIV S. 484 fg.)

auf welchem er beruht, ein entſchuldbarer Irrthum ſein[1]. Entſchuldbar iſt der Irrthum regelmäßig nicht, wenn er ein Rechtsirrthum iſt[2]; aber auch wenn er ein factiſcher Irrthum iſt, wird

---

[1] L. 44 §. 4 i. f. D. h. t.: — „si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi praesumtione credat". L. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10: — „quod .. ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet". Vgl. Savigny III S. 369—377. A. M. was die Meinung des Beſitzers über das Recht des Rechtsurhebers angeht, Stintzing S. 62—72; gegen denſelben Scheurl S. 66—77, Burckhard S. 323—329. Auch Wächter in der in §. 176 Note * citirten Schrift (vgl. Württemb. Privatr. II §. 21 Note 17. 18. 43) will das Erforderniß der Entſchuldbarkeit des Irrthums bloß auf die Mängel des Titels bezogen wiſſen; gegen dieſen Bruns in der an gleichem Orte citirten Gegenſchrift S. 21 fg. 101 fg. Die in dieſer und der folgenden Note citirten Stellen wiſſen von einer ſolchen Unterſcheidung nichts. — Der Hauptinhalt der erwähnten zwiſchen Wächter und Bruns (bei Gelegenheit eines praktiſchen Falls) gewechſelten Streitſchriften iſt übrigens ein anderer. Bruns hat die Behauptung aufgeſtellt, daß der auf einem unentſchuldbaren Irrthum beruhende gute Glaube (er nennt ihn den factiſchen guten Glauben) nicht ſowohl eine zur Begründung der Erſitzung nicht qualificirte, als vielmehr gar keine bona fides ſei. Hiergegen hat ſich Wächter, m. A. nach mit Recht, erklärt. Gewiß iſt bona fides Redlichkeit (§. 176 z. A.); aber unredlich iſt nicht, wer an ſein Recht glaubt, wenn er auch vielleicht bei beſſerer Ueberlegung aufgehört haben würde, an daſſelbe zu glauben. Unredlich iſt nur, wer auf die Stimme ſeines Gewiſſens nicht hört, und Zweifel erſtickt, von denen ſein Gewiſſen ihm ſagt, daß er ihnen nachgehen ſollte. Bruns geht ſo weit, zu behaupten, daß im Falle des Rechtsirrthums auch bei Entſchuldbarkeit des Irrthums keine bona fides im Sinn der Erſitzungslehre vorhanden ſei (S. 122 vgl. S. 57). §. 178.

[2] L. 4 D. de I. et F. I. 22. 6, l. 31 pr. D. h. t., l. 2 §. 15 D. pro emt. 41. 4. Seuff. Arch. I. 405, II. 138, IX. 285. — Daß der Rechtsirrthum auch bei der Erſitzung zuzulaſſen ſei, wenn objective Gründe ausnahmsweiſe die Rechtsunkenntniß als eine gerechtfertigte erſcheinen laſſen (§. 79 Note 7), iſt die herrſchende Meinung. Seuff. Arch. XXVIII. 9. Dagegen Vangerow I §. 321 Anm. 1 Nr. 3, und übereinſtimmend Wächter (ſoweit er Entſchuldbarkeit des Irrthums erfordert) und Bruns in den in der vorigen Note erwähnten Schriften (jener S. 20. 110 fg., dieſer S. 57. 121 fg., mit Berufung theils auf die Ausdrücke „quamquam" und „nulli" in l. 31 pr. D. de usurp. 41. 3 und l. 2 §. 15 D. pro emtore 41. 4, theils auf die §. 79 Note 14 beſprochenen Stellen. — Iſt aber auch der ſubjective Grund der Minderjährigkeit (daſ. Note 10) zu berückſichtigen? Die Frage iſt zu bejahen auf Grund von l. 11 C. de I. et F. I. 1. 18 (vgl. l. 9 pr. D. eod. 22. 6), wo die Minderjährigen den Frauen als Solche entgegengeſetzt werden, welchen der

er entſchuldbar regelmäßig dann nicht ſein[3], wenn er ſich auf das Vorhandenſein der Erwerbthatſache bezieht, auf welche der gute Glaube geſtützt wird. Dieſe Erwerbthatſache muß alſo regelmäßig mit allen Erforderniſſen ihrer Gültigkeit wirklich vorhanden ſein[4]; man drückt das ſo aus: die Erſitzung bedürfe eines Titels[5]. Jedoch iſt das auch eben nur die Regel; in einem gegebenen Falle kann ſehr wohl auch der Irrthum, kraft deſſen das Vorhandenſein einer nicht vorhandenen gültigen Erwerbthatſache angenommen wird, ein entſchuldbarer Irrthum ſein; man ſagt in dieſem Falle: es werde auf Grund eines putativen Titels erſeſſen[6]. Ja, da zum guten Glauben der Glaube, daß man

---

Irrthum auch „in lucro“ zu Gute komme. So auch Savigny III S. 430. 431, Scheurl S. 73. 74; a. M. Böcking II §. 146 Note 11, Schirmer XVI S. 11—13.

[3] Entſchuldbar iſt namentlich der Irrthum über das Eigenthum des Rechtsvorgängers, obgleich auch dieſer Satz natürlich kein abſoluter iſt.

[4] §. 11 I. h. t. „Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat“. L. 27 D. h. t., l. 2 pr. §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 1 pr. D. pro don. 41. 6, l. 6 D. pro der. 41. 7, l. 1. 2. 3 D. pro leg. 41. 8, l. 24 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 5 C. de praescr. l. t. 7. 33.

[5] Ueber den Ausdruck titulus vgl. l. 1 pr. D. pro dote 41. 9, l. 46 D. h. t., l. 2 D. de distr. pign. 20. 5, l. 13 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. ult. D. si quis om. causa test. 29. 4. Hugo civ. Mag. IV S. 144 fg., Voigt condictiones ob causam §. 14—20. 22. 23. 34. 38.

[6] L. 11 D. pro emt. 41. 4. „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis est, ut usucapio sequatur“. L. 2 §. 15. 16 eod., l. 9 pr. D. pro leg. 41. 8, l. 4 §. 2 l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10, l. 44 pr. §. 4 i. f. D. h. t. Vgl. Stintzing S. 89—97; Vangerow I §. 319 Anm.; Voigt condictiones ob causam §. 36; Mayer a. a. O. S. 205 fg. Fitting a. a. O. kommt, unter ſcharfer Hervorhebung der Gegenſätze, welche in Betreff der Anerkennung des Putativtitels in der römiſchen Rechtsentwickelung hervorgetreten ſind, zu dem Reſultat, daß nach Juſtinianiſchem Recht ein Putativtitel im Princip nicht ausreichend ſei, und will nur die einzelnen in den Quellen enthaltenen gegentheiligen Entſcheidungen als ſpecielle Ausnahmen zulaſſen. Fitting beruft ſich auf l. 27 D. h. t. und §. 11 I. h. t.; aber die gleichfalls aufgenom-

Eigenthümer geworden ſei, nicht erforderlich iſt (§. 176 Note 6), ſo kann man möglicherweiſe erſitzen, obgleich man weiß, daß eine gültige Eigenthumserwerbthatſache nicht vorliegt, wenn nur eine die Aneignung in ſonſtiger Weiſe rechtfertigende Thatſache vorhanden iſt oder aus gutem Grund als vorhanden angenommen wird[7].[8]

---

menen ll. 11 pro emt. und 5 pro suo ſtellen nicht minder ein Princip auf. — Seuff. Arch. XXI. 16.

[7] Deßwegen kann die von dem Ehegatten dem Ehegatten geſchenkte fremde Sache erſeſſen werden (§. 176 Note 6). In den Quellen wird zwar als Grund dieſer Erſitzungsmöglichkeit ein anderer angegeben: daß eine ſolche Schenkung nicht ungültig ſei, weil ſie den Schenkenden nicht ärmer mache, l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 39. 6. Aber dieſer Grund iſt nur ein Scheingrund, und daß man zu demſelben gegriffen hat, erklärt ſich lediglich daraus, daß die Anerkennung der Möglichkeit der Erſitzung ohne Titel in der römiſchen Jurisprudenz erſt allmählich durchgedrungen iſt, ſ. die in Note 4 genannten Stellen, und vorzüglich l. 9 D. pro leg. 41. 8. Daß die Erſitzung des beſchenkten Ehegatten ſich in der bezeichneten Weiſe nicht rechfertigen läßt, iſt vollkommen ſicher. Denn 1) wird der Schenker durch die Schenkung einer fremden Sache jedenfalls doch nur deßwegen nicht ärmer, weil ſie eine fremde iſt, und wie kann die Schenkung einer fremden Sache als einer fremden Titel ſein? Und ſodann iſt es 2) gar nicht einmal wahr, daß die Schenkung einer fremden Sache nicht ärmer mache; ſie nimmt dem Schenker den Beſitz, und ſo iſt denn namentlich auch was Ehegatten angeht die Ungültigkeit der Beſitzesſchenkung in den Quellen ausdrücklich anerkannt, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Wenn Savigny IV S. 112—116 mit der herrſchenden Meinung die Erſitzung aus Schenkung zwiſchen Ehegatten auf den Fall beſchränkt, wo der Schenkende nicht ſeinerſeits im Erſitzungsbeſitze geweſen ſei, ſo wird dadurch dieſe Schwierigkeit vermindert, aber nicht beſeitigt, und es iſt nur conſequent, wenn Löhr Arch. f. civ. Pr. XVI S. 248—251 auch in dem bezeichneten Falle die Erſitzung nur unter der Vorausſetzung zuläßt, daß aus anderen Gründen in der Schenkung keine Vermögensverminderung für den Schenkenden liege. Auch Unterholzner I S. 392—394 unterſcheidet nicht zwiſchen dieſen beiden Fällen, läßt aber umgekehrt in beiden Erſitzung zu, ſo jedoch daß, wenn der Schenker im Erſitzungsbeſitze geweſen ſei, der Beſchenkte die Erſitzung für ihn fortſetze. Es iſt das eine Verwechslung mit dem Satze, daß der Beſchenkte dem Schenker auch die Frucht des ihm durch Schenkung verſchafften Beſitzes, und ſomit die erworbene Sache, herausgeben muß (II §. 509 Note 28). Vgl. auch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 15 fg. — S. auch Vat. fr. §. 1. — Zu l. 2 §. 8 D. pro emt. 41. 4 vgl. l. 5 C. de contr. emt. 4. 38 und Schirmer XVI S. 42 fg., Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 249 fg.

## §. 179.

Unter den einzelnen Erſitzungstiteln iſt bei weitem der wichtigſte die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung. Dieſe Uebergabe wird jedoch als ſolche in den Quellen nicht als Erſitzungstitel bezeichnet, ſondern es wird die Bezeichnung

---

[8] Die in dieſem §. ausgeführte Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen gutem Glauben und Titel war früher die allemein herrſchende, ſ. namentlich Möllenthiel S. 24, Unterholzer I §. 95, Savigny III S. 371 (in welchen Darſtellungen aber nicht durchweg ſcharf genug hervorgehoben wird, daß nicht der Titel den guten Glauben rechtfertigt, ſondern daß der gute Glaube ohne Titel ungerechtfertigt iſt, ſ. oben bei Note 3 und vgl. Bruns S. 99 fg.). In neuerer Zeit iſt aber dieſe Auffaſſung von verſchiedenen Seiten angefochten worden, zuerſt von Stintzing, dann auch von Scheurl, Schirmer, Fitting, Mayer (an den oben cit. Orten), ferner von Böcking II §. 146, Vangerow I §. 331 Anm. 1 Nr. 1 in der 7. Aufl., Rudorff zu Puchta Vorleſ. 5. Aufl. I S. 346 Note 1, Brinz S. 214, vgl. auch Arndts §. 160 Anm. 1. Dieſe Schriftſteller ſtimmen darin überein, daß ſie den Titel nicht mit der Rechtfertigung des guten Glaubens in Verbindung bringen, ſondern als etwas Selbſtändiges anſehen, während ſie freilich im Einzelnen noch verſchiedener Meinungen ſind. Scheurl und Böcking glauben der Titel ſei von der Verwandlung des in bonis in civiles Eigenthum durch Zeitablauf, Stintzing, er ſei von der Publiciana herübergenommen, Schirmer ſieht in demſelben „denjenigen äußeren Vorgang, welcher unſere Herrſchaft über die beſeſſene Sache als rechtmäßig erworbene erſcheinen läßt", Fitting, dem Mayer folgt, die den Eigenthumserwerb kraft ihres wirthſchaftlichen Charakters rechtfertigende Thatſache. Dieſen Auffaſſungen gegenüber halte ich an der von Anfang an von mir vertretenen Auffaſſung feſt: ich ſehe den innern Grund des Erforderniſſes des Titels darin, daß ein Vorgang verlangt wird, ohne welchen der Aneignungswille an ſeine Berechtigung nicht glauben durfte; ein Vorgang, welcher Eigenthum zu begründen nicht im Stande iſt, kann abgeſehen von ſeiner Einwirkung auf das Bewußtſein des Beſitzers als ſolcher, für das Recht keinen Werth haben. Der Hauptgrund, weßwegen jene Schriftſteller es ablehnen, von dem guten Glauben auszugehen, iſt, weil er auch fehlen kann (§. 177 Note 9). Aber auch der Titel kann fehlen, und wenn der Titel fehlt, ſo muß er durch etwas erſetzt werden (ſ. g. Putativtitel), was meiner Anſicht nach gar nicht anders gedeutet werden kann, als daß es Grundlage für die Rechtfertigung des Bewußtſeins des Beſitzers ſein ſoll. Muß man nicht ſchließen, daß auch die Bedeutung des Titels ſelbſt keine andere ſei? — Für die hier vertretene Anſicht haben ſich neuerdings wieder ausgeſprochen Burckhard in dem bei §. 176 Note * citirten Aufſatz, und Wächter (daſ.) S. 19, während Voigt condictiones ob causam §. 37 nachzuweiſen ſucht, daß die römiſche Jurisprudenz in Betreff dieſer Frage getheilter Meinung geweſen ſei.

von der Abſicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigenthum zu übertragen, beruht[1]. Sonſtige Titel ſind: richterliche Verfügung[2], Erbſchaft[3], Vermächtniß[4], Bemächtigung[5], Fruchtziehung[6].

---

[1] Es gibt keinen Titel pro tradito, aber einen Titel pro emtore (Dig. 41. 4, Cod. 7. 26), pro donato (Dig. 41. 6, Cod. 7. 27), pro dote (Dig. 41. 9, Cod. 7. 28), pro transactione (Cod. 7. 26), pro soluto (L. 46. 48 Dig. h. t.; in den Vulgatſchriften beginnt bei l. 46 cit. ein beſonderer Titel mit der Rubrik pro soluto) — was übrigens in keiner Weiſe eine vollſtändige Aufzählung der Traditionstitel iſt, z. B. Jemand gibt tauſchweiſe, oder zum Zweck der Erfüllung einer letztwilligen Zuwendung (condicionis implendae gratia). Vgl. über die genannten Titel Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 12 fg. 248 fg. LII S. 1 fg. 9 fg. 17 fg. 20 fg. — Beim Kaufe wird gefragt, ob auch Zahlung des Kaufpreiſes zum Titel erforderlich ſei? Gewiß, da ohne dieſelbe Eigenthum nicht übergeht; für die Publicianiſche Klage wird zwar Zahlung des Kaufpreiſes nicht verlangt (l. 8 D. de Publ. 6. 2), aber dieſelbe prallt auch gerade an dem Eigenthum ab. So auch Unterholzner I S. 379, Vangerow I §. 320 Anm. 2 Nr. 1 a. E., Böcking II §. 147 Note 45, Leiſt Mancipation und Eigenthumstradition S. 118 fg.; a. M. Stintzing S. 110, Scheurl S. 65 fg., Exner Tradition S. 365 fg., und für das Juſtinianiſche Recht Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 18 fg.

[2] L. 17 D. h. t.

[3] Pro herede. Dig. 41. 5, Cod. 7. 29. Man erſitzt, was nicht zur Erbſchaft gehört, was man aber aus gutem Grunde zur Erbſchaft rechnet (l. 3 D. h. t.), vorausgeſetzt jedoch, daß es nicht der Erblaſſer ſchon in böſem Glauben beſaß (§. 181 Note 6, vgl. l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 4 C. de praescr. l. t. 7. 33); man erſitzt ferner, wenn man aus gutem Grunde Erbe zu ſein glaubt, ohne es zu ſein (l. 33 §. 1 D. de usurp. 41. 3). Nach älterem römiſchen Recht erſaß man pro herede auch, was man von einer unangetretenen Erbſchaft ohne allen guten Glauben in Beſitz genommen hatte; aber dieſer „improba usucapia" iſt durch einen Senatsbeſchluß unter Hadrian dem Erben gegenüber die Wirkſamkeit entzogen worden (Gai. II. 52—58), und für das Juſtinianiſche Recht hat ſie gar keine Bedeutung mehr (vgl. über dieſe nicht unbeſtrittene Frage Arndts Rhein. Muſ. II S. 133, Böcking II S. 99, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 222—224, Unterholzner I S. 368—370, Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 267—271). Es wird aber behauptet, daß durch den erwähnten Senatsſchluß auch der Erſitzung desjenigen, welcher ſich in gutem Glauben für den wahren Erben halte, die Wirkſamkeit gegenüber dem wahren Erben entzogen worden ſei, und in der That ſprechen dafür gute Gründe, namentlich l. 1 D. quor. bon. 43. 2, l. 7 C. de pet. her. 3. 31, l. 4 C. in quib. causis l. t. praescr. 7. 34. Dieſe Anſicht iſt namentlich vertheidigt worden von Arndts Rhein. Muſ. II S. 133 fg. und Beiträge S. 75 fg., welchem beigetreten ſind u. A. Unterholzner I S. 366—367, Schmid §. 14 Note 71, Huſchke Zeitſchr. f.

Das rechtskräftige Urtheil iſt kein Erſitzungsmittel; es kann nur in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund deſſen das Urtheil das Eigenthum zugeſprochen hat[7].

---

geſch. RW. XIV S. 216—220, Vangerow I §. 320 Anm. 1, Böcking I §. 146 Note 53. Der entgegengeſetzten Anſicht ſind namentlich Savigny Zeitſchr. f. geſch. RW. V S. 21 Note 29, Fritz Erläuterungen I S. 330 fg. Ueber l. 29 D. h. t. ſ. Arndts Rhein. Muſ. II S. 129. 148, Schmid §. 14 Note 70, Huſchke Zeitſchr. f. geſch. RW. XIV S. 194. Ueber die usucapio pro herede überhaupt vgl. jetzt noch Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 239 fg.

[4] Pro legato. Dig. 41. 8. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 26 fg.

[5] Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Beſitz genommene Sache ſei eine herrenloſe, z. B. vom Eigenthümer derelinquirt. Dig. 41. 7 pro derelicto. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 24 fg., Gimmerthal daſ. S. 355 fg.

[6] L. 4 §. 5 D. h. t., l. 2 D. pro suo. 41. 10. Es wird in den Quellen kein Titel pro fructu genannt; die Erſitzung der Frucht wird vielmehr als eine Erſitzung pro suo bezeichnet. Dieſer Ausdruck geht gar nicht au einen ſpeciellen Titel, ſondern will nur ſagen, daß der Beſitzer ſich aus irgend einem Grunde für den Eigenthümer halte. Der Ausdruck kann daher für jeden Titel gebraucht werden, wird aber im Beſonderen da gebraucht, wo es an einer ſpeciellen Bezeichnung des Titels fehlt. L. 1—3 l. 4 §. 1. 2 D. pro suo 41. 10, l. 1 §. 2 D. pro dote 41. 9. Vgl. Voigt condictiones ob causam §. 35, Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 7 fg., Göppert organiſche Erzeugniſſe S. 255 fg.

[7] Man beruft ſich für das Gegentheil darauf, daß das rechtskräftige Urtheil den Nichteigenthümer zum Eigenthümer mache. Das iſt nicht richtig; es gibt ihm nur dem Gegner gegenüber die Befugniß, von demſelben Anerkennung als Eigenthümer zu verlangen. Man beruft ſich ferner, abgeſehen von anderen Stellen, welche noch weniger beweiſen, auf l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, welche von der Tradition auf Grund eines Urtheils handelt, und auf die Analogie der l. 13 §. 1 D. de iureiur. 12. 2 und der l. 33 §. 3 D. h. t., von welchen Stellen die letzte den Titel ebenfalls in der Uebergabe ſieht, die erſte nicht ſagt, daß der Eid Titel ſei. Der hier vertretenen Anſicht ſind Unterholzner I §. 116, Danz Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. V. 19, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI. 10, Pfeiffer daſ. XXXVII S. 121 fg., Bechmann über die usucapio ex causa iudicati (1860), Scheurl Beitr II S. 82—86, Böcking II §. 146 Note 28, Vangerow I §. 320 Anm. 3 (aber erſt in der 7. Aufl.); der entgegengeſetzten Anſicht ſind Arndts Arch. f. civ. Pr. XIII. 15, Brinz S. 209, Sintenis I §. 51 Anm. 52.

d. Dauer des Beſitzes.

§. 180.

Der im Vorhergehenden näher beſtimmte Beſitz muß, damit die Erſitzung vollendet ſei, bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn bez. zwanzig Jahre gedauert haben; zehn Jahre, wenn die Parteien, zwiſchen welchen die Erſitzung abläuft, ihren Wohnſitz in demſelben Obergerichtsbezirk haben, zwanzig Jahre, wenn das Gegentheil der Fall iſt[1]. Iſt während des Laufes der Erſitzung theilweiſe das Eine, theilweiſe das Andere der Fall, ſo werden zwei Jahre des Auseinanderſeins[2] für ein Jahr des Zuſammenſeins gerechnet, oder umgekehrt ein Jahr des Zuſammenſeins für zwei Jahre des Auseinanderſeins[3]. Die Erſitzungszeit wird juriſtiſch, d. h. von Tag zu Tag, nicht von Moment zu Moment gerechnet[4]; vollendet iſt ſie mit Anbruch des letzten Tages[5].

Der Beſitz muß während dieſer Zeit ununterbrochen vorhanden geweſen ſein, es darf nicht ein ſpäter erlangter Beſitz mit einem früher gehabten zuſammengerechnet werden; durch die Unterbrechung des Beſitzes wird auch die Erſitzung unterbrochen, d. h. es wird der bisher abgelaufenen Erſitzungszeit alle rechtliche Kraft entzogen[6]. Der Beſitz muß aber ferner während dieſer

[1] L. un C. de usuc. transf. 7. 31, l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33. §. 180. Nach römiſchem Recht kam es darauf an, ob die Parteien in derſelben „provincia“ wohnten; dieſe Beſtimmung iſt heutzutage unanwendbar. Vgl. Unterholzner I §. 84 Note 278, Sintenis I S. 510, Roth Bayriſches Civilr. II S. 206. Seuff. Arch. VI. 312, IX. 9, X. 137.

[2] Die Quellen nennen diejenigen, welche in derſelben provincia wohnen, praesentes, diejenigen, welche nicht in derſelben provincia wohnen, absentes.

[3] Nov. 119 c. 8. Auch eine Abweſenheit, welche weniger als ein Jahr dauert, muß in gleicher Weiſe behandelt werden. Pagenſtecher II S. 338. 339; a. M. Böcking §. 148 Note 5, Zrodlowski Unterſuchungen. S. 93.

[4] S. §. 103 Note 7.

[5] L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3. Ueber l. 7 D. h. t. vgl. §. 103 Note 15 und 12.

[6] L. 5 l. 15 pr. §. 2 D. h. t., l. 7 §. 4 D. pro emt. 41. 4, l. 5 D. pro don. 41. 6. Die Quellen ſagen: „interrumpitur“ possessio, usucapio. Die Unterbrechung der Erſitzung wird auch usurpatio genannt (l. 2 D. h. t.), während die Etymologie des Wortes (usurapere, usurpere, usurpare) auf

Zeit ungeſtört vorhanden geweſen ſein. Das will ſagen: es muß nicht der Eigenthümer gegen den Beſitzer den Proceß begonnen haben; auch durch den Proceßbeginn wird die Erſitzung unterbrochen[7]. Bleibt der Proceß liegen, ſo läuft zwar eine neue Erſitzung, aber nur die außerordentliche, und zwar vierzigjährige[8].

---

den engern Begriff der Unterbrechung durch eine von einem Andern ausgehende Beſitzentziehung führt. Vgl. Unterholzner I §. 131 Note 450, Böcking II §. 148 Note 15, Karlowa Form der röm. Ehe S. 67 fg. — Ausnahmsweiſe läuft die Erſitzung fort trotz des Verluſtes des Beſitzes, ſo in dem Falle der l. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3 (§. 152 Note 6), und nach Analogie dieſes Falles muß das Gleiche für den Fall behauptet werden, wo der Beſitzer die Sache ſpecificirt.

[7] Man kann dieſe Unterbrechung eine civilis interruptio nennen, nach l. 5 D. h. t. und Cic. de or. III. 28 §. 110; vgl. Huſchke Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 141—150. — Uebrigens galt die Unterbrechung der Erſitzung durch Proceßerhebung nicht für die usucapio. Dieſelbe wurde durch die litis contestatio nicht unterbrochen, ſondern es wurde nur ihre Vollendung für das in dieſem Proceſſe erfolgende Urtheil unſchädlich gemacht; der Beklagte wurde zur Herausgabe der Sache verurtheilt, als wäre dieſelbe nicht durch Erſitzung ſein eigen geworden. Davon handeln: l. 18. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 2 §. 21 D. pro emt. 41. 4. Anders war es bei der longi temporis praescriptio; hier wurde die Erſitzung durch die litis contestatio wirklich unterbrochen, l. 2 C. ubi in rem 3. 19, l. 26 C. de R. V. 3. 32, l. 1. 2. 10 C. de l. t. praescr. 7. 33, l. 4 C. quib. non obic. 7. 35. Zwar wird von Manchen (ſo von v. Buchholtz Verſuche S. 132—139, Kierulff S. 283 Note *, Puchta Inſt. II §. 239. y, Demelius Unterſuchungen S. 84. 89. 97, vgl. Arndts §. 163 Anm. 2) das Letztere geleugnet und behauptet, auch bei der longi temporis praescriptio habe in dieſer Beziehung nichts Anderes gegolten, als bei der usucapio; allein denſelben ſteht nicht bloß entgegen, daß in l. 2 C. ubi in rem und l. 2 C. de praescr. l. t. geradezu von einer Unterbrechung der praescriptio und der possessio die Rede iſt (vgl. l. 2 §. 21 D. pro emt. 41. 4), ſondern namentlich auch, und dieß halte ich für ganz entſcheidend, der in l. 1 C. de praescr. l. t. vorgetragene Satz, daß die Litisconteſtation die Erſitzung nicht bloß für dieſen Proceß unterbreche. So iſt alſo in der That in der Juſtinianiſchen Compilation Verſchiedenes für die usucapio, Verſchiedenes für die l. t. praescriptio gelehrt, und es ſcheint nach dem oben §. 175 Note 3 Geſagten nichts übrig zu bleiben, als das Eine und das Andere zur Anwendung zu bringen, das Recht der usucapio für bewegliche Sachen, das der l. t. praescriptio für unbewegliche. Der eigentliche Sinn Juſtinians wäre damit aber gewiß nicht getroffen; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Juſtinian angenommen hat, zwiſchen der usucapio und der l. t. praescriptio beſtehe kein Unterſchied. Bei dieſer

## §. 181.

Nicht jede Zeit des Beſitzes darf in die Erſitzungszeit eingerechnet werden; es gibt Gründe, welche bewirken, daß die Er-

---

Lage der Sache gewährt einen willkommenen Anhalt l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. In dieſer Stelle gibt Juſtinian an, wie ſich derjenige, gegen welchen eine Verjährung laufe, helfen könne, wenn die Erhebung des Proceſſes wegen eines Hinderniſſes in der Perſon des Gegners unmöglich ſei; er ſoll dann eine Verwahrung bei Gericht einreichen, und dieſe Verwahrung ſoll ihm zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung denſelben Dienſt thun, wie die Erhebung des Proceſſes. Dabei ſtellt Juſtinian die Erſitzung jeder anderen Verjährung ausdrücklich gleich („et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive trienii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit"). Es kann daher wohl keiner Frage unterliegen, daß in ſeinem Sinne auch die Erhebung des Proceſſes ſelbſt die Erſitzung unterbrechen ſoll, wobei unter Erhebung des Proceſſes wie bei der 30jährigen Verjährung (§. 126) die Ladung des Beklagten verſtanden werden muß. So auch Wächter Erört. III S. 99—104, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV S. 181 fg. Andere Schriftſteller wollen das Recht der usucapio oder der longi temporis praescriptio zur Anwendung gebracht wiſſen, je nachdem ſie überhaupt die Juſtinianiſche Erſitzung unter die Grundſätze der erſten oder unter die der letzten ſtellen. Vgl. Unterholzner I §. 127, Savigny VI S. 56—61, Vangerow I §. 160 Anm. Nr. II, Schmid I S. 256—260. Eine beſondere Anſicht hat Sintenis I §. 51 Anm. 12 aufgeſtellt: die Erſitzung werde durch die Ladung des Beklagten deßwegen unterbrochen, weil die Ladung böſen Glauben bewirke. Vgl. dagegen §. 124 Note 5. In der zweiten Auflage ſeines Lehrbuches erklärt freilich Sintenis dieſen böſen Glauben nur für einen „figürlichen", wobei der Beklagte in der „beſten Ueberzeugung" bleiben könne! — Für die Unterbrechung durch Ladung Seuff. Arch. VIII. 233.

[8] Daß die neu beginnende Erſitzung eine vierzigjährige ſein muß, beruht auf l. 9 C. de praescr. XXX 7. 39. Wächter Erört. III S. 104 Note 40. — Auf den Fall wo der Proceß liegen bleibt, bezieht ſich das praktiſche Intereſſe der Frage, ob durch den Proceßbeginn die Erſitzung nur unſchädlich gemacht wird, wie bei der usucapio, oder unterbrochen wird, wie bei der longi temporis praescriptio. Wird ſie nur unſchädlich gemacht, ſo hat der Proceßbeginn gar keine Bedeutung, wenn es nicht zum Urtheil kommt; anders im Fall der Unterbrechung. Zwar wenn wieder derſelbe Kläger gegen denſelben Beklagten auftritt, braucht jener nicht einen neuen Proceß zu beginnen, ſondern kann den alten fortſetzen, ſo daß er zum Siege gelangt, auch wenn keine Unterbrechung der Erſitzung ſtattgefunden hat. Aber man nehme an, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger auftritt, oder daß an die Stelle des Klägers oder des Beklagten ein Sondernachfolger getreten iſt, oder auch, daß der frühere Beklagte jetzt als Kläger gegen einen Dritten auftritt, welcher ſein Recht

ſitzung, obgleich ihre ſonſtigen Erforderniſſe vollſtändig vorhanden ſind, ſtille ſteht, ruht[1]. Dieſer Zuſtand tritt ein: 1) dadurch, daß die Sache ſich in dem Eigenthum einer Perſon befindet, gegen welche nicht erſeſſen werden kann; 2) dadurch, daß gewiſſe Gründe den Eigenthümer an der Verfolgung ſeines Rechts hindern. Von dem Einen und dem Andern wird näher unter den Ausnahmen von der ordentlichen Erſitzung geſprochen werden (§. 182 Num. 2. 4).

Von der anderen Seite darf der Erſitzende ſich nicht bloß die Zeit ſeines Beſitzes anrechnen, ſondern unter Umſtänden auch diejenige Zeit, während welcher ein Anderer beſeſſen hat[2]. Hierfür gelten folgende nähere Regeln[3].

1. Der Geſammtnachfolger tritt in das Erſitzungsverhältniß des Rechtsvorgängers ein[4], und ſetzt daher, wenn derſelbe erſaß,

---

nicht von dem früheren Kläger ableitet. (Vgl. Arndts §. 163 Anm. 2 a. E. Ich wüßte in der That nicht, was abhalten könnte, die von Arndts an dieſem Orte aufgeworfene Frage zu bejahen.)

§. 181. [1] Praescriptio dormit, wie die Neueren ſagen. Der Gegenſatz zwiſchen Stilleſtehen und Unterbrechung der Erſitzung iſt derſelbe, wie der entſprechende bei der Verjährung der Anſprüche (§. 109).

[2] Es findet ſtatt eine accessio temporis, accessio possessionis. Dieſe Ausdrücke ſind quellenmäßig; vgl. jedoch Note 5 g. E.

[3] Dig. 44. 3 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. Unterholzner I §. 132—136, Vangerow I §. 322 Anm. 2. A. Denzinger die Acceſſio poſſeſſionis nach dem römiſchen und canoniſchen Recht (1842). — Die accessio possessionis fand im klaſſiſchen Recht außer bei der Erſitzung eine ſehr wichtige Anwendung auch bei dem interdictum utrubi, und die Compilatoren haben eine Reihe von Stellen aufgenommen, welche urſprünglich gerade von dieſer ihrer Anwendung gehandelt haben, ohne dieſelben durchweg ſo zu redigiren, daß ſie auf die Erſitzung paſſen. — Uebrigens iſt in der Geſchichte der accessio possessionis bei der Erſitzung nicht Alles klar; Juſtinian berichtet von Veränderungen, welche er mit derſelben vorgenommen habe (l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. de usuc. 2. 6), und dieſer Bericht paßt ſchlecht zu dem, was wir ſonſt wiſſen. Vgl. über die verſchiedenen Meinungen Unterholzner I S. 465—467, Denzinger §. 20, Vangerow a. a. O. Nr. 1 u. 2, Böcking §. 148 Note 27*, Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 251 fg.

[4] Scheurl Beiträge I S. 22. 90 hat darauf aufmerkſam gemacht, daß in die condicio usucapiendi kraft ihrer Natur als „werdendes Eigenthum" ſuccedirt werden könne (vgl. Böcking II S. 117. 118, Köppen Erbrecht S. 232, Unger öſterr. Erbr. §. 7 Anm. 16); aus dem im Texte zu Note 6 Geſagten geht hervor, daß der Regel ein allgemeinerer Ausdruck gegeben werden muß.

die von demselben begonnene Ersitzung fort[5], kann freilich auf der andern Seite auch, wenn der Rechtsvorgänger aus Mangel an gutem Glauben nicht ersaß, seinerseits trotz seines guten Glaubens keine Ersitzung beginnen[6]. Damit aber der Gesammtnachfolger die von dem Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen könne, ist nothwendig, daß in der Zwischenzeit kein Anderer die Sache besessen habe[7], während die Zeit, wo Niemand die Sache besessen hat, hinzugerechnet wird[8]. Ja es kann sogar die Ersitzung vollendet werden, ohne daß der Erbe den Besitz überhaupt erlangt hat[9].

---

[5] Ohne daß es nach römischem Recht darauf ankam, ob er selbst im guten Glauben war oder nicht. L. 40. 43 pr. D. h. t., l. 2 §. 19 D. pro emt. 41. 4, l. 30 pr. D. ex quib. causis mai. 4. 6 (— „ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iniuncta descendit ad heredem"), l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. h. t., l. 14 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Die letzte Stelle ist die einzige, in welcher in Betreff des Erben von „accessio possessionis" die Rede ist; aber sie handelte auch ursprünglich vom interd. utrubi. Vgl. Scheurl Beitr. I S. 92 unt., Böcking II S. 118, Brinz S. 218, Köppen Erbrecht S. 229. 230. — Der letztere Schriftsteller geht gewiß zu weit, wenn er (S. 231) behauptet, daß auch nach heutigem Recht böser Glaube des Erben nicht schade, weil der Erbe gar nicht Usucapient sei. Vgl. auch Unger österr. Erbrecht §. 7 Note 16.

[6] L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 3 C. comm. de usuc. 7. 30, l. 11 C. de poss. 7. 32, §. 12 I. h. t. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 250 fg.

[7] L. 20 D. h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4.

[8] L. 31 §. 5 h. t.

[9] So ist Vollendung der Ersitzung auch vor eigenem Besitzerwerb des Erben, ja vor Antritt der Erbschaft möglich, l. 31 §. 5 D. h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 40. 44 §. 3 D. h. t., l. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6; vgl. l. 2 §. 18 D. pro emt. Das Gegentheil sagt, oder scheint zu sagen (Böcking II §. 148 Note 32), l. 13 §. 4 D. de A. v. A. P. 41. 2, die jedenfalls sich ursprünglich auf das interdictum utrubi bezog, und als aus Versehen aufgenommen den eigentlichen Gedanken der Justinianischen Compilation nicht ausdrückt. Vgl. Puchta §. 156. 1, Jhering Abhandlungen S. 253—256, Vangerow a. a. O. Nr. 1, Scheurl Beitr. I S. 92, Schirmer zu Unterh. I S. 472 Note *, Arndts §. 161 Anm. 3, Köppen a. a. O. Anm. 57. Gleiches ist zu sagen von l. 13 §. 5 eod., vgl. l. 15 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, welche Stelle den Satz vorträgt, daß dem Erben die Zeit des Besitzes des Erblassers selbst dann zugerechnet werde, wenn derselbe nicht bis zu seinem Tode besessen habe. Vgl. übrigens Böcking II §. 148 Note 29,

2. Der Sondernachfolger beginnt in ſeiner Perſon eine neue Erſitzung, kann aber für dieſelbe den Erſitzungsbeſitz ſeines Rechtsvorgängers mit in Anſatz bringen[10].

3. Dem Sondernachfolger ſteht derjenige gleich, welcher eine Sache veräußert hat, und dann in Folge der Wiederauflöſung der Veräußerung zurückerlangt. Derſelbe kann alſo in die neu begonnene Erſitzung den Beſitz des Beſitzers der Zwiſchenzeit, ſowie den Beſitz, welchen er ſelbſt vor der Veräußerung gehabt hat, einrechnen[11].

e. Ausnahmen*.

§. 182.

Wenn auch die im Vorhergehenden bezeichneten Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung vorhanden ſind, ſo findet dieſelbe doch nicht in allen Fällen ſtatt. Sie iſt ausgeſchloſſen:

1) an Sachen, welche dem Verkehr entzogen ſind (§. 146. 147)[1];

---

Schirmer zu Unterh. I S. 474 Note 471. — Inſofern mit dem Tod des Beſitzenden die von ihm begonnene Erſitzung nicht aufhört, kann man auch ſagen, daß ſein Beſitz fortdauere (§. 148 zu Note 10). Auf gleichem Wege gelangt man dazu, den vom Erben erlangten Beſitz als Fortſetzung des Beſitzes des Erblaſſers anzuſehen, vgl. l. 30 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6. Dieſe Auffaſſung wird, nur zu einſeitig, betont von Zroblowski Unterſuchungen S. 65 fg.

[10] §. 13 I. h. t., l. 2 §. 20 (vgl. §. 17) D. pro emt. 41. 4, l. 15 §. 1—6 l. 16 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 76 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. 14 §. 1 D. h. t.; l. 13 §. 6. 9—12 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 14 pr. §. 2. 4. 5 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Die beiden letzteren Stellen handelten urſprünglich von dem interd. utrubi; daraus erklärt ſich, daß in §. 7 der erſten auch beim Precarium (vgl. §. 154 Note 5), in §. 3 der zweiten Stelle auch zu Gunſten des Pfandgläubigers Hinzurechnung des Beſitzes geſtattet wird. Vgl. jedoch auch Böcking §. 148 Note 34, und bis zur 4. Aufl. Arndts §. 161 Anm. 2.

[11] L. 19 D. h. t.; l. 6 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 13 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2.

* Unterholzner I §. 32—81, Vangerow I §. 317, Schirmer Grundidee der Uſucapion S. 99—220.

§. 182. [1] L. 9 l. 45 pr. D. h. t., §. 1 I. eod., l. 9 C. de aquaeductu 11. 42. Es muß dieß deßwegen ausdrücklich hervorgehoben werden, weil jedenfalls nach heutigem Recht die dem Verkehr entzogenen Sachen keineswegs nothwendig auch dem Eigenthum entzogen ſind.

2) an Sachen gewisser Eigenthümer, nämlich: a) des Staates[2]; b) des Landesherrn[3]; c) an unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden Stiftungen[4];[5]

3) an Sachen, welche dem Eigenthümer in gewisser Weise abhanden gekommen sind, nämlich: a) durch Entwendung[6]; b) durch

---

[2] §. 9 I. h. t., l. 18 l. 24 §. 1 D. h. t., l. 2 C. comm. de usuc. 7. 30.

[3] Cod. 7. 38 ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur, l. 2 C. de fund. et saltib. rei dom. 11. 66.

[4] Nov. 111 c. 1, Nov. 131 c. 6 (Auth. *Quas actiones* hinter l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2), c. 4. 8 X. de praescr. 2. 26. Seuff. Arch. IX. 266.

[5] Nicht gehören hierher auch die Sachen der Stadtgemeinden. L. 9 D. h. t. handelt von Sachen der Stadtgemeinden, welche dem Verkehr entzogen sind; l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 schließt nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die Ersitzung des vectigalischen Rechts aus. Dieß beweist der folgende §. 3; bedarf es einer Hervorhebung, daß Ersitzung eines mit einer Superficies belasteten Grundstücks zulässig sei? Die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio gegenüber Stadtgemeinden wird ausdrücklich anerkannt von Paul. sentent. V. 2 §. 4 (l. 2 C. ne rei dom. 7. 38 setzt mala fides voraus [„perperam"]); vgl. auch l. 15 §. 27 D. de damno inf. 39. 2. Die Sache ist übrigens äußerst streitig. Uebereinstimmend Schmidt S. 192, Schirmer a. a. O. S. 111, Böcking II §. 145 Note 29, Sintenis I §. 51 Anm. 37, Arndts §. 162 Anm. 1 in der 5. Aufl.; a. M. Unterholzner I §. 45. 58, Puchta §. 158. d, Vangerow a. a. O. A. 4; Seuff. Arch. III. 137. 297, IX. 119, XVI. 187, XXIV. 17, XXVIII. 6. Vgl. auch Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV S. 122 fg.

[6] §. 2—6 I. h. t., l. 36—38 D. h. t. Es macht sich hier der römische Begriff des furtum geltend (s. Unterholzner I §. 62—67 und in diesem Lehrbuch II §. 452), mit der Maßgabe jedoch, daß nur dasjenige furtum die Sache unersitzbar macht, welches sie dem Eigenthümer entzieht. Daher wird sie nicht unersitzbar durch ein von dem Eigenthümer selbst begangenes furtum usus oder possessionis (l. 4 §. 21 D. h. t., l. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 20 §. 1 D. de furtis 47. 2; l. 49 D. h. t., l. 6 C. de usuc. pro emt. 7. 26 sind auf ein furtum des Nichteigenthümers zu deuten). Uebrigens gehen auch hier die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Unterholzner I S. 214. 221. 222. 232—235, Huschke Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 256—259, Vangerow a. a. O. B. 4. a, Schirmer S. 166—197. — Die Erzeugnisse einer entwendeten Sache sind als solche der Ersitzung nicht entzogen, l. 4 §. 19 D. h. t. (denn das Erzeugniß ist nicht Theil der Sache, l. 10 §. 2 i. f. D. h. t., l. 26 D. de V. S. 50. 16); eine Ausnahme machen nur Thierjunge, insofern sie bei dem Entwender concipirt sind, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2 (mit welcher Stelle sich freilich l. 10 §. 2 D. h. t. schlecht vereinigen läßt; man muß annehmen, Ulpian eigne sich nur den Grund des Scävola an, nicht aber die

gewaltſame Inbeſitznahme[7]; c) durch Veräußerung eines unredlichen Beſitzers[8]; d) durch Hingabe zum Zweck der Beſtechung[9]. In dieſen Fällen wird jedoch der Sache die Erſitzbarkeit dadurch zurückgegeben, daß ſie in die Gewalt des Berechtigten zurückkommt[10].

---

von demſelben daraus gezogene Conſequenz); vgl. Unterholzner I §. 67. Schirmer S. 129—143. Göppert organiſche Erzeugniſſe S. 199 fg.

[7] §. 2 I. h. t., l. 4 §. 22—28 l. 33 §. 2 l. 37 §. 1 l. 38 D. h. t. Daß der Eigenthümer ſelbſt es iſt, welcher die Sache mit Gewalt in ſeinen Beſitz gebracht hat, macht hier keinen Unterſchied, l. 4 §. 26 D. h. t.

[8] Wenn eine bewegliche Sache von dem unredlichen Beſitzer veräußert wird, ſo wird ſie zu einer entwendeten (§. 3 I. h. t.). In Nov. 119 c. 7 hat aber Juſtinian vorgeſchrieben, daß auch die Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Beſitzer ſie zu einer unerſitzbaren machen ſoll, vorausgeſetzt daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Veräußerung oder ſeinem Recht hat. Daß die Erſitzung auch in der ferneren Hand ausgeſchloſſen ſei, ſagt zwar dieſe Beſtimmung nicht ausdrücklich; aber es iſt in ihrem Sinne anzunehmen.

[9] L. 8 D. de lege Iulia rep. 48. 11, l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1.

[10] Näheres. 1) In die Gewalt des Berechtigten, d. h. des Eigenthümers, §. 8 I l. 4 §. 6 D. h. t.; es müßte denn die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthumsrecht gerichtet geweſen ſein, l. 49 D. h. t. Schwierigkeit macht l. 6 §. 3 i. f. D. de prec. 43. 26, welche Stelle nach Juſtinianiſchem Rechte doch kaum einen andern Sinn haben kann (Auslegungsverſuche bei Vangerow B. 4. c, Arndts §. 162 Anm. 3. b. α), als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in deſſen Gewalt erſitzungsfähig werde. Unterholzner I S. 220, Schmid §. 14 Note 29, Schirmer S. 145—151. 2) In die Gewalt des Berechtigten, l. 4 §. 12 D. h. t., l. 22 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 10. 12 C. de furt. 6. 2, l. 7 C. de us. pro emt. 7. 26; l. 4 §. 13 D. h. t., l. 84 D. de furt. 47. 2; l. 4 §. 14 D. h. t.; l. 32 pr. D. h. t.; l. 42 D. h. t.; l. 215 D. de V. S. 50. 16. Nach der letzteren Stelle ſoll ſchon die „vindicandi potestas“ genügen. 3) Mit Wiſſen des Berechtigten: er müßte denn auch von der Entwendung nichts gewußt haben, l. 4 §. 8—10. 12 l. 41 D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2. Das Wiſſen des Vormundes erſetzt das Wiſſen des Bevormundeten, l. 4 §. 11 D. h. t., l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4. In l. 4 §. 7 D. h. t. ſind die Worte „etiam si sciero“ von dem Wiſſen der zurückerlangten Gewalt und der Entwendung zu verſtehen. Unterholzner I S. 225 und Schirmer daſ., Sintenis Arch. f. civ. Pr. XVIII S. 299—307, Vangerow a. a. O. B. 3. a. Andere (Huſchke Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. N. F. II S. 137—141, Böcking §. 145 Note 10) emendiren „sufficit“ in „officit“. — Die im Vorſtehenden angeführten Stellen handeln faſt ausſchließlich von der Entwendung, an welcher, als dem wichtigſten Fall, die Lehre entwickelt worden iſt. Von

4. Die Erſitzung iſt ferner ausgeſchloſſen während der Zeit, wo der Eigenthümer aus gewiſſen Gründen verhindert iſt, ſeine Sache zu verfolgen. Deßwegen läuft die Erſitzung nicht: a) während der Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers[11]; b) während der Zeit, wo der Eigenthümer in väterlicher Gewalt ſteht, in Betreff der dem Nießbrauch und der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Sachen[12]; c) während der Zeit feindlichen

---

der gewaltſamen Inbeſitznahme reden: §. 8 I. h. t., l. 33 §. 2 D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2, l. 6 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 5 C. de usuc. pro emt. 7. 26; von der Hingabe zum Zweck der Beſtechung: l. 8 §. 1 D. de lege Iul. rep. 48. 11. In Betreff der Veräußerung durch den unredlichen Beſitzer iſt in der Nov. 119 c. 7 nicht geſagt, wodurch der Sache die Erſitzbarkeit zurückgegeben werde; gewöhnlich nimmt man an: dadurch daß der Eigenthümer von der Veräußerung erfahre; aber wie wenn derſelbe keine vindicandi potestas hat? Alſo ſind auch hier die Grundſätze von der Entwendung maßgebend.

[11] Die alte usucapio wurde nicht einmal durch die Impubertät ausgeſchloſſen (l. 2 D. de eo qui pro tut. 27. 5, l. 4 §. 24 D. de doli mali exc. 44. 4, l. 4 §. 11 D. h. t., l. 2 §. 15 l. 7 §. 3 D. pro emt. 41. 4, l. 33 D. de furt. 47. 2 [in l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1 iſt nach den Baſiliken ſtatt „pupilli“ zu leſen „populi“]; l. un. C. si adv. usuc. 2. 36). Dagegen wurde in die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit nicht eingerechnet (l. 3 C. quib. non obic. l. t. praescr. 7. 35). Das Juſtinianiſche Recht ergibt ſich aus l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, wodurch beſtimmt wird: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus“. Daß durch den Ausdruck „temporales praescriptiones“ nach dem Sprachgebrauch jener Zeit die Erſitzung mit umfaßt werde, darf nicht bezweifelt werden, vgl. l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 30 C. de I. D. 5. 12, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. So auch Unterholzner I S. 117, Arndts Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. XX S. 389 fg. (1844), Schmid §. 14 Note 10, Stephan Arch. f. Civ. u. Pr. XXXIV 16 (1851), Böcking §. 145 Note 31; a. M. Puchta §. 158. g, Vangerow a. a. O. A. 5, Sintenis I §. 51 Note 32. — Den Minderjährigen andere bevormundete Perſonen gleichzuſtellen (was man namentlich in Betreff der Wahnſinnigen verſucht hat), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Unterholzner I §. 39. Ebenſowenig iſt es gerechtfertigt, die Zeit der Abweſenheit bei der Erſitzung außer Anſatz zu laſſen; l. 4 C. quib. non obic. l. t. praescr. 7. 35 iſt von der Wiedereinſetzung gegen die vollendete Erſitzung zu verſtehen. Unterholzner I §. 137 Note 493, Vangerow a. a. O. A. 6.

Einbruchs (§. 109 Note 9). Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Ersitzung von Dotalsachen gegen die Frau erst von der Zeit an laufen soll, wo die Dos an sie gefallen ist[13].

5. Ein gesetzliches, Nichtigkeit begründendes, Veräußerungsverbot schließt auch die Ersitzung aus[14].

---

[12] L. 1 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40.

[13] L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt hier insofern nicht ganz gleich, als die Frau früher gar nicht Eigenthümerin ist: es wird hier dem Eigenthümer nicht angerechnet die Zeit, welche verflossen ist, ehe er Eigenthümer war. Vgl. §. 109 Note 7. — Dagegen darf nicht mit der herrschenden Meinung auch der Fall des tignum iunctum hierher gestellt werden. Zwar ist die Vindication in diesem Fall durch Rechtsregel ausgeschlossen, aber der Eigenthümer hat zugleich in der actio de tigno iuncto (§. 188 Note 11) ausreichenden Ersatz. Gegen die Ersitzung beweisen nicht l. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 41. 1, welche nicht von der Ersitzung des Eingefügten als solchen handeln (§. 175a Note 2), für dieselbe beweist l. 30 §. 1 D. h. t. Die herrschende Meinung hilft sich dieser Stelle gegenüber theils durch Verweisung auf die Kürze der in dem behandelten Fall zur Vollendung der Ersitzung fehlenden Zeit, theils durch die Annahme, daß in der Stelle von eigentlichem Baumaterial gar nicht die Rede sei, oder sie legt sich die Sache auch so zurecht, daß der Verfasser der Stelle nur „seine Beispiele nicht umsichtig genug ausgewählt habe". Vgl. §. 152 Note 6 und Savigny Besitz S. 311. 312 (370. 371), Vangerow I §. 204 Anm. 2 Nr. 2. 3, Windscheid in Sell's Jahrb. I S. 466 fg., Arndts I §. 163. Anm. 3 (5 Aufl.)

[14] L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi". Vgl. l. 12 §. 4 D. de Publ. 6. 2. Anwendungen in l. 16 D. de fundo dot. 23. 5 (Verbot der Veräußerung eines Dotalgrundstücks, vgl. l. 5. 6 D. eod.) und l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43 (Verbot der Veräußerung einer vermachten Sache; obgleich dieses Verbot nicht durchweg nöthig gewesen wäre [vgl. §. 172a Note 1], so wird doch ausdrücklich verfügt, daß es auch die Ersitzung ausschließe). In gleicher Weise läßt Nov. 22 c. 24 bei veräußertem Ehegewinn nur die 30jährige Verjährung zu. Die Meinungen sind hier übrigens getheilt; Savigny (IV S. 565—570) glaubt nur die Ersitzung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen, ebenso jetzt Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVII. 7 — Gans (Scholien zum Gajus S. 252) nur das Verlierenwollen durch Ersitzung. Vgl. Unterholzner S. 103 und Schirmer S. 51—53. 204 fg., Vangerow I S. 590. 591 (7. Aufl.), Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII S. 419 fg. und Dotalrecht

6. Die Berufung auf die Ersitzung ist nicht zulässig bei Grenzstreitigkeiten[15].

## Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung*.

### §. 183.

Die außerordentliche Ersitzung ist vollendet, sobald die Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache (§. 192) vollendet ist, wenn zugleich der Besitzer sich während der Verjährungszeit in gutem Glauben befunden hat[1]. Die außerordentliche Ersitzung verlangt weder Titel[2], noch Ersitzbarkeit der Sache nach den zuvor aufgestellten Regeln; aber sie ist in

---

S. 201, Bechmann Dotalrecht II S. 451 fg. Für seine Ansicht neuerdings Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 253 fg.

[15] L. 6 C. fin. reg. 3. 39. Vgl. II §. 450 Note 10.

* Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 23 (1830). Vangerow I §. 325, Böcking II §. 149.

[1] Die außerordentliche Ersitzung ist von Justinian in l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39 eingeführt worden. §. 183.

[2] Also keine Rechtfertigung des guten Glaubens; es ist an dem Gegner, den bösen Glauben zu beweisen. Seuff. Arch. XVI. 9. — Daß kein Titel erforderlich sei, ist die herrschende Meinung, und namentlich von Fritz a. a. O. ausgeführt (vgl. auch c. 15 C. 16 qu. 4), s. neuestens Wächter (§. 176 Note *) S. 5 fg. und vgl. Seuff. Arch. XXI. 23. Doch wird auch das Gegentheil behauptet, indem geltend gemacht wird, die außerordentliche Ersitzung sei nicht Anspruchsverjährung mit veränderter Wirkung, sondern schlechthin Ersitzung. So Unterholzner II S. 94. I S. 355, (jedoch nur zweifelnd, und nicht für das römische Recht), und in der neuesten Zeit Brinz S. 222—225. — Daraus, daß kein Titel erforderlich ist, folgt aber nicht, daß auch auf Grund eines nicht entschuldbaren Irrthums ersessen werden könne, wie das die Meinung von Savigny III S. 371 und Wächter a. a. O. S. 5 fg. 18 fg. ist. Es ist nicht anzunehmen, daß die l. 8 §. 1 cit. sich in Betreff der Qualification des zum Erwerb des Eigenthums erforderlichen guten Glaubens mit den für die ordentliche Ersitzung (pr. eod.) Geltenden habe in Widerspruch setzen wollen; hätte sie dieß gewollt, so hätte sie es gewiß gesagt. Das Hauptargument Wächters ist, daß das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums sich nur auf den Titel beziehe (§. 178 Note 1). Gegen Wächter auch Bruns (§. 176 Note *) S. 105 fg., Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 184 fg. — Ueber die l. 8 C. de praescr. XXX s. sonst noch, namentlich über §. 2 derselben, Tewes Arch. f. civ. Pr. LIV. 1 (1871).

allen Fällen ausgeschlossen, wo die Anspruchsverjährung ausgeschlossen ist, außerdem bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind[3]. Auch in jeder anderen Beziehung steht sie unter den Regeln der Anspruchsverjährung[4].

## F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen*.

### §. 184.

Für herrenlose Sachen ist die Regel, daß dieselben in das Eigenthum desjenigen fallen, welcher sie zuerst in Besitz nimmt[1]; doch ist diese Regel keine ausnahmslose.

1. Durch Inbesitznahme wird Eigenthum erworben an den Producten des Meeres[2] und den im Meere entstandenen Inseln[3].

2. Ebenso an wilden Thieren, d. h. denjenigen Thieren, welche sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden[4]. Jedoch kommt diese Regel des römischen Rechts in Deutschland nur noch sehr beschränkt zur Anwendung, da Jagd und Fischerei fast überall in

---

[3] In Betreff der Frage, ob nicht nach P. G. O. Art. 209 auch die gestohlenen Sachen auszunehmen seien, s. Unterholzner I S. 192, Puchta §. 159. e, Schirmer zu Unterh. I S. 193 Note *, Böcking I §. 149 Note 12. — Daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht hinderlich sei, ist erkannt in dem Urtheil bei Seuff. XV. 3. — Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 103.

§. 184. [4] Namentlich also beginnt sie mit der Erlangung des Besitzes durch den Stellvertreter, wenn auch der Besitzer davon noch keine Kunde hat (§. 177 Note 6, §. 155 Note 9).

* Gesterding S. 68—120, Pagenstecher II S. 57—93, Schmid I S. 51—71, Böcking II §. 150, Sintenis I S. 488—490.

[1] §. 12 I. de R. D. 2. 1: — „quod . . ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur". L. 3 pr. l. 30 i. f. D. de A. R. D. 41. 1. Gimmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 539 fg. glaubt, daß außer der Herrenlosigkeit der Sache auch Bewußtsein des Occupanten von der Herrenlosigkeit Voraussetzung des Eigenthumserwerbes sei. Dieß wird nicht bewiesen durch die dafür angerufene l. 2 pr. D. pro derel. 41. 10, welche die Herrenlosigkeit der Sache als Voraussetzung des Willens, Eigenthum zu erwerben, nicht des Eigenthumserwerbes selbst auffaßt, und dawider spricht l. 9 §. 4 D. de iur. et facti ign. 22. 6 (§. 172 Note 9).

[2] §. 18 I. h. t. 2. 1, l. 3 D. de D. R. 1. 8.

[3] §. 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 3 D. h. t. 41. 1.

[4] §. 12—16 I. h. t. 2. 1, l. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 §. 1—6 l. 14 pr. l. 44 D. h. t. 41. 1. Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 68—84.

Deutschland ausschließliches Recht entweder des Staates, oder der Grundeigenthümer oder anderer Berechtigter sind[5]. Wo dieß der Fall ist, wird Eigenthümer des in Besitz genommenen Thieres nicht der Occupant[5a], sondern der zur Jagd bez. Fischerei Berechtigte[5b].

---

[5] Gerber deutsches Privatr. §. 92—94, Beseler deutsches Privatr. §. 89 Note 15. §. 199, Schmid S. 57—59; in Betreff der Fischerei s. auch Hesse Jahrb. f. Dogm. VII S. 269—271. Wächter in den beiden akademischen Programmen (1868 und 1869), welche neu abgedruckt sind in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig I S. 333—375 (1870), hat auszuführen gesucht, daß auch schon dem römischen Recht ein Jagdrecht bekannt gewesen sei. Er beruft sich auf die Stellen, welche den Ertrag der Jagd zu den fructus des Grundstücks rechnen (l. 9 §. 5 l. 62 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 26 D. de usur. 22. 1, Paul. sentent. III. 6 §. 22) ferner auf l. 16 D. de S. P. R. 8. 3. Was mich abhält, der, wie immer, trefflich ausgeführten Ansicht des berühmten Rechtslehrers beizutreten, ist das auch von Wächter angedeutete Bedenken, daß die Quellen keine Spur von einem obligatorischen Entschädigungsanspruch gegen den unberechtigten Occupanten aufweisen (die actio iniuriarum beruht natürlich auf einem ganz andern Gesichtspunkt), ferner l. 13 §. 7 D. de iniur. 47. 16, wo es geradezu heißt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks den Nichteigenthümer nur am Betreten des Grundstücks, nicht am „occupare", zu verhindern berechtigt sei. Von der anderen Seite entziehen sich die oben genannten Stellen der Möglichkeit der Erklärung daraus, daß dem Eigenthümer und dem Nießbraucher im regelmäßigen Verlauf der Dinge jedenfalls factisch der Ertrag der Jagd zufällt, und daß der Letztere nicht etwa genöthigt werden kann, diesen Ertrag dem Eigenthümer auf Grund der cautio usufructuaria herauszugeben. Gegen Wächter auch Schirmer Zeitschr. f. RGesch. XI S. 311 fg.

[5a] A. M. Reyscher würtemb. Privatr. II §. 288a, Puchta Vorl. zu §. 154, Walter deutsches Privatr. §. 126, Goltdammer Arch. f. preuß. Strafrecht 1868 S. 24 fg. (die Abhandlung ist anonym erschienen, aber daß sie von Goltdammer ist, weiß ich aus seiner eigenen Mittheilung, vgl. Wächter a. a. O. S. 334) — nicht aber auch der von Goltdammer citirte Gesterding Lehre vom Eigenthum, denn s. das. S 84. Es läßt sich vermuthen, daß auch Wächter in der Fortführung seiner Abhandlung die gleiche Meinung vertreten werde, da er sie bereits im römischen Recht begründet findet.

[5b] So früher (vgl. unten) Gerber deutsches Privatr. §. 92 Note 3: nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden; ferner Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 103 fg. (1862): nach Analogie des Eigenthumserwerbes durch unfreiwillige Repräsentation und durch Verwirkung (§. 174), und speciell des Eigenthumserwerbes an dem von einem Andern auf unserem Grund und Boden gesuchten Schatz (Note 10); Bekker das.

3. Auch an den vom Eigenthümer aufgegebenen Sachen wird Eigenthum durch Inbesitznahme erworben[6]; die bloß verlorenen gehören zu denselben natürlich nicht[7].

---

S. 115: kraft des Inhaltes des Jagdrechts; K. Roth krit. VJSchr. V S. 542 fg.: ebenso; v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 97—99 [1865]: wie Schütze, nur mit Verwerfung der Idee der Verwirkung und mit Hinzufügung der Analogie des Beuteerwerbes für den Staat durch den Soldaten; Beseler deutsch. Privatr. §. 89 Note 15. — Eine dritte Meinung nimmt an, daß durch die Occupation des Unberechtigten Niemand Eigenthümer werde. So Gerber a. a. O. in der ersten Auflage, und jetzt wieder seit der 9. §. 93 Note 1; ferner Bluntschli deutsches Privatrecht §. 71 Nr. 5, welcher aber durch Veräußerung des unberechtigten Occupanten Eigenthum bei dem redlichen Erwerber entstehen läßt, während Gerber bei einer gegen den unberechtigten Occupanten begründeten Delictsobligation stehen bleibt; neuestens auch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 472 und Dernburg Preuß. Privatr. I §. 229 Note 8, diese unter Betonung, daß das Wild für den Jagdberechtigten fortfahre, Occupationsgegenstand zu sein. — K. Roth a. a. O. erstreckt den Eigenthumserwerb des Jagdberechtigten auf das auf dem betreffenden Grundstück gefallene, gefangene oder sonst an Ortsveränderung gehinderte Wild; ebenso, nur im Ausdruck nicht so weit gehend, Bekker a. a. O. Diese Ausdehnung ist ganz consequent; denn schadet fremde Besitzergreifung nicht, so kann auch der Mangel der eigenen nicht schaden. Die Frage ist also in hinlänglicher Allgemeinheit gefaßt so zu stellen: gewährt das moderne Jagdrecht nur ein ausschließliches Occupationsrecht, oder ist es selbst Eigenthumserwerbstitel? welcher nur zu seiner Verwirklichung ferner voraussetzt, daß die zu erwerbende Sache eine habbare geworden sei (nach der Analogie des Fruchterwerbs)? Eine sichere Entscheidung dieser Frage wird sich wohl nur durch eine eingehende historische Untersuchung gewinnen lassen; wenn aber wirklich das Jagdrecht nach deutscher Auffassung sich „als eine Zubehör des Grundstücks" darstellt (Gerber a. a. O. §. 92 zu Note 6), so scheint dazu die hier vertretene Ansicht am meisten zu passen. — Ueber den Fall, wo Jagdrecht und Jagdausübung getrennt sind, s. v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 5.

[6] §. 47 I. h. t., l. 1 D. pro derel. 41. 7, l. 43 §. 5 D. de furt. 47. 2. Was aus einem Schiffe in das Meer geworfen wird, ist im Zweifel als aufgegeben zu betrachten, l. 43 §. 11 D. de furt. 47. 2; aber es kann auch das Gegentheil anzunehmen sein, so namentlich, wenn der Auswurf zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes in Seegefahr geschieht, §. 48 I. h. t. 2. 1. l. 9 §. 8 (l. 58) D. h. t. 41. 1, l. 8 D. de lege Rhodia 14. 2.

[7] Der Finder einer verlorenen Sache wird nicht Eigenthümer derselben, l. 67 D. de R. V. 6. 1. Eignet er sich die Sache an, so begeht er ein Delict (furtum — s. g. Fundbiebstahl, vgl. darüber die neueste Abhandlung von

4.[7a] Als herrenlose Sache wird auch der Schatz angesehen; er ist zwar vom Eigenthümer nicht aufgegeben, aber man kennt seinen Eigenthümer nicht[8]. Der Schatz fällt zur Hälfte an

---

Schütze Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 7. 11. 14 [1865]), l. 43 §. 4—9 D. de furt. 47. 2, §. 48 i. f. I. h. t. 2. 1, vgl. l. 31 §. 1 D. h. t. 41. 1. Hat er die Absicht, die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, so wird er verpflichtet und berechtigt nach den Grundsätzen der negotiorum gestio (II §. 430), und daraus läßt sich auch eine Pflicht zur Veröffentlichung des Fundes, vorausgesetzt daß dieselbe keine besondere Mühe und Kosten in Anspruch nimmt, herleiten. Vgl. Schütze a. a. O. S. 178—182. 369—372, Delbrück Jahrb. d. gem. R. III S. 25 fg. 54 fg., Simmerthal Arch. f. civ. Pr. LII S. 526 fg. Particularrechte lassen nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthumserwerb oder Ersitzung eintreten (während das ältere deutsche Recht mehr geneigt war, die Sache der Obrigkeit zu überantworten [vgl. z. B. Sachsensp. II. 37 §. 3]), gestehen auch, wenn der Eigenthümer sich meldet, dem Finder einen Fundlohn zu (gegen l. 43 §. 9 cit.). Neuerdings hat Delbrück Jahrb. f. Dogm. III. 1 (1858) auch für das gemeine Recht die Sätze in Anspruch genommen, daß einerseits der Finder nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung Eigenthümer (und zwar ex tunc, von der Zeit des Findens an) werde, und daß ihm andererseits Anspruch auf einen Fundlohn gebühre; aber die Beweise erscheinen nicht genügend. Vgl. auch Sintenis I §. 50 Note 4, Simmerthal a. a. O. S. 528 fg., Seuff. Arch. XXI. 15. Uebereinstimmend mit Delbrück, was den Eigenthumserwerb angeht, Schütze Arch. f. prakt. RW. N. F. II S. 376 Note 125. Die fernere Literatur s. bei Delbrück a. a. O. S. 1. Simmerthal a. a. O. S. 533 fg. läßt nach fruchtloser öffentlicher Bekanntmachung Ersitzung eintreten; der Titel liege in einer „fingirten Dereliction". Das hat gar keinen Grund. Steht, wenn sich kein Eigenthümer meldet, dem Finder gegen die Obrigkeit ein Anspruch auf Rückgabe zu? Ja: condictio causa data causa non secuta, condictio possessionis. Dafür auch Seuff. Arch. XXI. 15. — Strandgüter: Goldschmidt Handelsr. I §. 78 Note 20, Heffter Völkerrecht §. 79, Bluntschli Völkerrecht §. 334. 335.

[7a] Köchy Civilist. Erörterungen S. 158—275 (1797). Schwach in Haimerl's VJSchr. XII Nr. 4 (Schletters Jahrb. XII S. 100 fg.). Simmerthal Arch. f. civ. Pr. LI. 4.

[8] L. 31 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat". L. un. C. de thes. 10. 15: — „thesaurum i. e. condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia". Vgl. hierzu Kuntze zu Holzschuher II §. 106 Nr. 1. Der Ausdruck thesaurus kommt übrigens in den Quellen auch zur Bezeichnung einer verborgenen werthvollen Sache vor, deren Eigenthümer nicht unbekannt ist, vgl. l. 22 pr. D. fam. erc. 10. 2, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2.

den Finder[9], zur Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks, in welchem er gefunden worden ist. Ist nach demselben auf einem fremden Grundstück gesucht worden, so fällt er ganz an den Eigenthümer dieses Grundstücks. Sind beim Suchen Zaubermittel oder andere Künste angewandt worden, so bekommt der Finder ihn auch dann nicht, wenn er ihn auf eigenem Grund und Boden gefunden hat, vielmehr fällt er in diesem Fall an den Fiscus[10]. Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden worden ist[11].

5. Nach römischem Recht gelten auch feindliche Sachen als herrenlos, und fallen in das Eigenthum des Bemächtigers[12].

---

[9] Der Schatz fällt an den Finder, nicht an denjenigen, welcher sich seiner bemächtigt; die Quellen reden nur vom Finder. Vgl. Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 148; a. M. Sell Versuche I. 4 §. 1—3. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I S. 299 oben (2. Aufl. S. 362). „Für den Finder ist der Begriff der Occupation allmählich und kaum mit Bewußtsein in den der Entdeckung umgewandelt".

[10] §. 39 I. h. t., l. un. C. cit. Nach §. 39 I. cit. soll der in „sacro vel religioso loco" gefundene Schatz ganz an den Finder, nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 der „in locis religiosis aut in monumentis" gefundene zur Hälfte an den Fiscus fallen; heutzutage, wo auch geweihte Grundstücke und Begräbnißplätze einen Eigenthümer haben (§. 147), muß er zur Hälfte an diesen letzteren fallen. Doch ist das nicht die herrschende Ansicht. Vgl. Schmid §. 7 Note 56 a. E., Pagenstecher II S. 91 u. 92, Gimmerthal S. 70 Note 8. Darüber, was eintreten soll, wenn unter Anwendung verbotener Mittel ein Schatz gesucht und gefunden worden ist, sagt l. un. cit. ausdrücklich nichts; ihre Meinung aber ist die im Texte bezeichnete, vgl. Coll. XV. 2 §. 1. — Man streitet darüber, ob der Grundeigenthümer bez. der Fiscus ohne Weiteres erwerbe, oder ob ihnen nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Finder zusteht? Das Letztere behaupten Puchta §. 154, Böcking §. 150 Note 35 (Seuff. Arch. XI. 15); aber man muß sich für die erstere Ansicht entscheiden nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 und l. 63 D. h. t. 41. 1. W. Sell Versuche I. 4 §. 4, Gimmerthal S. 71 fg. — Nichtanzeige an den Fiscus, wenn demselben ein Theil gebührt, wird mit Verlust des Ganzen und seines Werthes gestraft, l. 3 §. 11 D. de I. F. 49. 14.

[11] Nichts in den Quellen spricht dagegen, und l. 67 D. de R. V. 6. 1 spricht dafür. A. M. jedoch Böcking §. 150 Note 31, Schwach a. a. O. S. 144. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von W. Sell Versuche I. 3.

[12] §. 17 I. h. t. 2. 1, l. 5 §. 7 l. 51 §. 1 D. h. t. 41. 1. Doch war die Beute an den Staat abzuliefern, und ebenso wurde das eroberte feindliche

Das heutige Völkerrecht dagegen gestattet ein Occupationsrecht im Landkriege nur an der Kriegsbeute[13]; weitergehende Grundsätze gelten für den Seekrieg[14].

## G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen*.

### §. 185.

Neu entstandene Sachen können als herrenlose Sachen behandelt werden. Dieß ist der Fall bei der im Meere entstandenen Insel (§. 184 Note 3). Regelmäßig geschieht dieß aber nicht, sondern das Recht theilt sie, sowie sie entstehen, einem bestimmten Eigenthümer zu.

1. Die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschießenden Grundeigenthümer; die Grenze

---

Grundstück ager publicus, l. 13 D. ad leg. Iul. pec. 48. 13, l. 20 §. 1 D. de capt. 49. 15 (vgl. Böcking §. 142. b—d).

[13] Vgl. Heffter das europ. Völkerrecht der Gegenwart §. 130—140 §. 150 fg. Bluntschli das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten S. 43 (2. Ausg.) und §. 652. 657. 659. 661. Als Gegenstände der Kriegsbeute bezeichnet Heffter a. a. O. §. 150 „alle beweglichen körperlichen Sachen, welche dem feindlichen Heere oder einzelnen dazu gehörigen Individuen von rechtmäßigen Streitern der Gegenpartei, oder ausnahmsweise denjenigen Staatsangehörigen abgenommen werden, deren Plünderung von dem Befehlshaber der Gegenpartei erlaubt worden ist, z. B. bei der Erstürmung einer Festung oder eines andern hartnäckig vertheidigten Platzes". Das Letztere mißbilligt Bluntschli, und beschränkt ferner das Beuterecht auf die dem Feinde abgenommene Kriegsrüstung und andere bei dem todten Feinde vorgefundene Gegenstände. Wird aber an der Kriegsbeute wirkliches Eigenthumsrecht erworben? Heffter (§. 136) gestattet dem Beutemachenden nur „die ungehinderte Befugniß zu allen thatsächlichen, nach den Umständen möglichen Verfügungen über Nutzung und Substanz der Sache, ohne daß darüber von ihm oder demjenigen, welchem er sie überträgt, Rechenschaft zu geben ist, so lange der Kriegsstand dauert und der Besitzer dem Eigenthümer feindlich gegenübersteht". „Aber es existirt durchaus kein alle Staaten verpflichtender Grundsatz, eine unter gewissen Umständen gemachte Beute als unwiderrufliches Eigenthum des Beutemachenden und seiner Nachfolger im Besitze gelten zu lassen, wenn nicht Friedens- und andere Verträge dem Besitzstand einen solchen Charakter ertheilen".

[14] Heffter a. a. O. §. 135 fg. Bluntschli a. a. O. S. 43 fg. und §. 664 fg.

ihrer Berechtigung bildet eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie[1].

---

* Köchy civilistische Erörterungen I. 1 (1797). Gesterding S. 195—221, Schmid I S. 123—137, Pagenstecher II S. 128—137. Böcking II S. 143—145, Sintenis I S. 491—493. Vgl. auch Zroblowski Untersuchungen aus dem Oesterreichischen Civilrecht (1872) S. 130 fg.

§. 185. [1] §. 22 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 3. 4 l. 29 l. 30 pr. §. 2 l. 56 l. 65 §. 2. 3 D. h. t. 41. 1, l. 1 §. 6 D. de flum. 43. 12, vgl. Gai. II. 72. Ueber l. 65 §. 4 D. h. t. f. Vangerow §. 328 Anm. 1, Schmid §. 10 Note 22. Im römischen Recht setzte dieser Erwerb (und ebenso der in den beiden folgenden Fällen) einen ager non limitatus voraus. L. 16 D. h. t., l. 1 §. 6 7 D. de flum. 43. 12. Rudorff gromat. Institutionen S. 452. Seuff. Arch. IX. 8. — Die Quellen enthalten den im Text aufgestellten Satz nicht unmittelbar. Sie sagen: wenn die Insel in der Mitte des Flusses liegt, ist sie den an beiden Seiten anschießenden Grundeigenthümern gemeinschaftlich; wenn sie dem einen der beiden Ufer näher ist, gehört sie den Grundeigenthümern dieses Ufers ausschließlich. Man ist jedoch darüber einverstanden, daß dieser Anspruch dahin zu corrigiren sei, daß die Insel an die Grundeigenthümer des einen oder des andern der Ufer ausschließlich falle, so weit sie diesem Ufer näher sei. Nun hat aber neuerdings Heineccius in einer bemerkenswerthen Ausführung (Jahrb. f. Dogm. XIII. 2 [1873]) nachzuweisen gesucht, daß im Sinn des römischen Rechts nicht die größere Nähe der Flußseite, sondern die größere Nähe des einzelnen Grundstücks entscheidend sei. Hienach würde, wenn etwa ein einzelnes Grundstück mit einer scharf vorspringenden Spitze der Insel so nahe käme, daß die Enfernung von irgend einem Punkte der Insel bis zu dieser Spitze geringer wäre, als bis zu irgend einem andern Uferpunkt, der Eigenthümer des gedachten Grundstücks die ganze Insel für sich hinwegnehmen. Ich halte diese Entscheidung für unquellenmäßig. Die Quellen wissen nichts von einer größeren Grundstücksnähe (zu l. 30 §. 1 D. de A. R. D.: „cuius ager proprior fuerit“ vgl. l. 56 pr. eod.: „si proprior fundo tuo fuit quam eius, qui trans flumen habebat“, und dann wieder §. 1 eod.: „cum proprior fundo tuo initio fuisset insula“), sondern nur von einer größeren Ufernähe, und die Vertheilung zwischen den verschiedenen Eigenthümern desselben Ufers soll nach ihrem Ausspruch so gemacht werden, daß jeder erhalte, was vor seinem Grundstück („ante“, „contra frontem“) liegt. Nun bleiben dabei allerdings Fragen übrig, so namentlich, wie es gehalten werden solle, wenn die Insel zwar ausschließlich in der einen Flußhälfte liegt, aber hier mehrere „frontes“ hat, z. B. sie liegt hinter einem Vorsprung oder in einer runden Bucht, wie ferner, wenn sie ganz oder theilweise gar kein Gegenüber hat, was der Fall ist, wenn sie vor einem einmündenden Fluß oder vor einer Bucht liegt. Heineccius will auch diese Fälle nach seinem Princip entscheiden. Nach meiner Meinung muß im Sinne der Quellen im ersten Fall ebenfalls auf die größere oder geringere Nähe der Ufer im Ganzen, ohne Rücksicht auf das Vorspringen oder Zurückweichen

2. Ebenso verhält es sich, wenn neuer Grund und Boden dadurch entsteht, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett verläßt[2].

3. In gleicher Weise fällt das durch Anschwemmung neu entstandene Grundstück in das Eigenthum desjenigen, an dessen Grundstück es angeschwemmt ist[3]. —

Wichtiger als die hier genannten Sachen sind die organischen Erzeugnisse und die durch menschliche Thätigkeit neu geschaffenen Sachen.

## Eigenthumserwerb an organischen Erzeugnissen*.

### §. 186.

Die organischen Erzeugnisse einer Sache sind, so lange sie mit der erzeugenden Sache verbunden sind, Theile derselben und

der einzelnen Theile derselben im Besonderen, gesehen werden; im zweiten Fall aber muß die Insel zuerst durch eine durch die Mitte des vorliegenden Flusses oder der vorliegenden Bucht gezogene Linie getheilt, und jedes dadurch sich ergebende Stück, welches kein directes Gegenüber hat, an das schräge Gegenüber vergeben, und dabei darauf gesehen werden, ob und für welche Theile dieses Stückes mehr die Seite diesseits des Beugung, oder mehr die Seite jenseits der Beugung als Gegenüber erscheint. Endlich ist auch der Fall möglich, daß in der Nähe der neugebildeten Insel eine andere Insel liegt, und dieser Fall ist für Heineccius der Anlaß zu seiner Betrachtung gewesen. Er schließt in diesem Fall nach dem Princip der Grundstücksnähe die Eigenthümer der Flußseiten zu Gunsten des Inseleigenthümers aus, und so ist entschieden worden in dem Urtheil des OAG. zu Berlin bei Seuff. Arch. XXVI. 221. Nach meiner Meinung wäre diese Entscheidung nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß mehr die alte Insel, als die Flußseiten, für die neu entstandene Insel als Gegenüber erschiene. Gegen die Ausführung von Heineccius überhaupt s. Preußer in der Anmerk. zu der genannten Stelle von Seuff. Arch.

[2] §. 23. 24 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 5. 6 l. 30 §. 1. 3 l. 38 l. 56 §. 1 D. h. t. 41. 1. Ueber den Schluß von l. 7 §. 5 cit. („sed vix est ut id obtineat") vgl. Wächter im Rechtslex. I S. 17 Note 23, Schmid I §. 10 Note 40. Seuff. Arch. IX. 8. Anders bei Privatgewässern, und so auch bei Landseen. Seuff. Arch. XI. 16. Gelten die angegebenen Grundsätze auch, wenn das Bett eines öffentlichen Flusses künstlich verlegt wird? Dagegen das Urtheil bei Seuff. XIII. 208.

[3] §. 20 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 1 l. 56 pr. D. h. t. 41. 1. Vgl. l. 12 pr. eod. Seuff. Arch. IX. 8, XIII. 309, XXI. 209, XXIII. 211, XXIV. 189; V. 110.

bilden den Gegenstand einer Berechtigung nicht[1]; mit ihrer Trennung fallen sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache[2]. Dieß gilt in gleicher Weise von denjenigen organischen Erzeugnissen, welche Früchte im technisch juristischen Sinne des Wortes sind (§. 144), wie von denjenigen, welche es nicht sind[3].[4] Das Recht der Fruchtziehung kann aber in größerem oder geringerem Umfang vom Eigenthumsrecht abgelöst sein und als Recht an fremder Sache einem Nichteigenthümer zustehen; dann fallen die Früchte an denjenigen, welchem dieses Recht zusteht, an den Nießbraucher jedoch erst, wenn er sich in den Besitz der Früchte gesetzt hat[5]. Verschieden hiervon ist der

---

* Gesterding S. 177—190, Schmid I §. 9, Pagenstecher II S. 93—113. Böcking II §. 151, Sintenis I S. 185—187. Heimbach die Lehre von der Frucht S. 43—92. 211 fg. (1843). Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869). Dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 503 fg. (1869).

§. 186. [1] S. §. 144 Note 1 und 2.

[2] §. 19 I. h. t. 2. 1, l. 2. 6 D. h. t. 41. 1, l. 5 §. 2 D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. §. 1 D. de usur. 22. 1. Vgl. §. 144 Note 3. 4.

[3] Wie z. B. von den Windbrüchen, und nach römischem Recht von dem Sclavenkinde (§. 144 Note 6. 7).

[4] Ebenso fallen an den Eigenthümer diejenigen Früchte, welche organische Erzeugnisse nicht sind, wie z. B. Steine, Kreide, Sand, und was an dergleichen Sachen von einem Grundstück gewonnen werden kann (§. 144 Note 8). Vgl. Jhering Jahrb. f. Dogm. VI S. 92—93, v. Brünneck Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 251—261. Doch gehören diese Früchte nicht hierher, denn sie sind keine neu entstandenen Sachen. — Ausnahme so weit das Bergregal reicht. S. §. 169 Note 22 und von Brünneck a. a. O. S. 375 fg.

[5] Anders der Emphyteuta. L. 25 §. 1 D. de us. 22. 1, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, l. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Auch den Nießbraucher wollen die Meisten ohne Inbesitznahme Eigenthümer werden lassen an Thierjungen, auf Grund von l. 28 pr. D. de us. 22. 1 (§. 37 I. h. t. 2. 1.) „In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii". Aber das „statim" zu urgiren, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das „pleno iure" für den bonae fidae possessor ungenau ist (man mag über sein Rechtsverhältniß denken, wie man will, jedenfalls muß er die vorhandenen Früchte herausgeben [s. den Verfolg. des §.]). Wächter, das schwebende Eigenthum S. 11 Note 3, wendet hiergegen ein, diese Herausgabeverpflichtung sei nur eine obligatorische. Deßwegen ist es immer noch nicht genau, von pleno iure eius esse zu reden. Hierzu kommt,

Fall, wo das Recht auf die Früchte einer fremden Sache nicht auf einem Recht an der Sache, sondern auf einer obligatorischen Gebundenheit des Eigenthümers beruht; hier werden die Früchte nur dadurch erworben, daß sie mit dem Willen des Eigenthümers in Besitz genommen werden, also durch Uebergabe (Tradition)[6].

Eine besondere Betrachtung macht das Rechtsverhältniß nöthig, in welchem der redliche Besitzer einer Sache zu den Früchten derselben steht[7]. Der redliche Besitzer muß die noch vor-

---

daß die genannten Stellen keine Andeutung davon enthalten, daß sie etwas für Thierjunge Besonderes lehren wollen, umgekehrt, was sie von ihnen sagen, auf ihre Fruchtnatur zurückführen. Auf der andern Seite steht nun allerdings, daß Theophilus des statim durch ἅμα τῷ τεχθῆναι wiedergibt, und so mag zugegeben werden, daß die Sache zweifelhaft bleibt. Wie hier, Elvers die römische Servitutenlehre S. 489—492, Göppert S. 282 fg., Brinz S. 196, Arndts §. 156 Anm. 1 (7. Aufl.). Gegen die Zurückführung des Unterschiedes zwischen Nießbraucher und Emphyteuta auf einen Gegensatz in ihrem Besitzverhältniß s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. III S. 385 —396, Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 1, Göppert S. 277 fg. Der Emphyteuta wird anders behandelt, als der Nießbraucher, weil sein Recht überhaupt ein viel weiter gehendes ist. Vgl. überhaupt Göppert S. 276 —319. Recht der Zwischenzeit: l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1. Göppert S. 298 fg. Sohm Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 31 fg.

[6] Das gilt namentlich vom Pächter: wenn der Verpächter ihm verbietet, die Früchte sich anzueignen, verletzt er seine obligatorisch übernommene Pflicht, und haftet deßwegen auf Schadensersatz; aber Eigenthümer wird in diesem Fall der Pächter nicht. L. 6 D. de don. 39. 5, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. Anders bei dem zur Fruchtziehung dinglich Berechtigten; hier ist der Wille des Eigenthümers ganz gleichgültig. Es ist also sehr irrig, wenn neuere Schriftsteller auch dessen Fruchterwerb, oder doch den des Nießbrauchers, auf den Gesichtspunkt der Tradition zurückführen (vgl. z. B. Savigny Besitz S. 319 [281], Puchta §. 150, Böcking II §. 151 Note 7. 8; s. dagegen Arndts a. a. O. S. 388 fg., Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XX S. 62 [der aber auch den Fall des Pächters ausschließen möchte]). Exner Tradition S. 17 fg., Göppert S. 263 fg., Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 17 fg. — Zu l. 26 §. 1 D. de furt. 47. 2 ist zu vergleichen §. 13 I. de obl. quae ex del. 4. 1, und hinter „decerptus esset" zu ergänzen „ab ipso".

[7] Vgl. über diesen vielbesprochenen Gegenstand: Bake bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facia (1825). Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VIII S. 311 fg. (1825). Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 7 (1843). Heimbach die Lehre von der Frucht S. 211—269. 308—318 (1843). Windscheid das. R. F. IV. 3 (1847). Janke das Fruchtrecht

handenen Früchte, wie jeder andere Besitzer, herausgeben; dagegen ist er von der Pflicht zum Ersatz für die verzehrten Früchte[8] frei[9]. In Folge davon wird in den Quellen von ihm gesagt, daß die Früchte ihm gehören, daß sie sein seien[10], und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ausdrücke nicht lediglich von jener Freiheit von der Ersatzpflicht verstanden werden dürfen[11], daß vielmehr durch dieselben wenigstens stellenweise dem redlichen Besitzer geradezu Eigenthum zugeschrieben werden soll[12]. Man würde aber den

---

des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 1—185 (1862); dazu Demelius krit. VJSchr. IV S. 292 fg. Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 320—370 (1869); dazu Hartmann krit. VJSchr. XI S. 520—524. Fitting Arch. f. civ. Pr. LII S. 276—279 (1869). Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor (1872); dazu Brinz krit. VJSchr. XV S. 271 fg. Jhering Jahrb. f. Dogm. XII S. 314—333 (1873). Außerdem Schmid I S. 105 fg., Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 2, Brinz S. 197—199, Böcking II §. 151. e—h.

[8] Früchte im technischen Sinne (Note 3). L. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2.

[9] §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 40 i. f. D. h. t. 41. 1, l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3. Ohne daß ihm entgegengesetzt werden könnte, daß er durch Verzehren der fremden Früchte eigenes Vermögen erspart habe. Die Quellen enthalten von dieser Beschränkung keine Spur. Insofern steht der redliche Fruchtbesitzer günstiger als der redliche Besitzer anderer Sachen. Vgl. II §. 421 Note 13. § 424 Note 4.

[10] L. 13 i. f. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 28 pr. D. eod., l. 40. 48 D. h. t. 41. 1, l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 48 §. 6 D. de furtis 47. 2, §. 35 I. h. t. 2. 1.

[11] Dieß ist die Meinung von Savigny (Besitz S. 315 fg. [277 fg.]). In Betreff der nicht durch menschliche Thätigkeit entstandenen Früchte theilt sie Unterholzner a. a. O. Ueber Andere, welche Savigny gefolgt sind, s. Unterholzner a. a. O. S. 313 Note 5, und vgl. auch Göppert S. 320 Note 3. Neuestens Göppert selbst, welcher die Aussprüche der Quellen darauf bezieht, daß dem Besitzer actio Publiciana, Ersitzungs- und, wie Göppert glaubt (Note 16), Veräußerungsbefugniß zusteht.

[12] Vgl. namentlich §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 13 i. f. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 D. de usur. 22. 1, und vor Allem l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. — An und für sich zwar ist es nicht nöthig, jene Ausdrücke („pertinent fructus ad b. f. possessorem“, „eius sunt“, „suos facit“) von einem Eigenthumsrecht des redlichen Besitzers zu verstehen; wie durch Stellen wie l. 181 D. de V. S. 50. 16, l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 2 §. 1 l. 3 D. sol. matr. 24. 3, l. 21 pr. D. de pec. 15. 1, l. 6 §. 6 D. quae

Sinn der Quellen mißverstehen, wenn man aus diesem Eigenthumsrechte Consequenzen herleiten wollte, welche sich aus der

---

in fraud. cred. 42. 8 u. a. m. bewiesen wird, können sie sehr wohl davon verstanden werden, daß die Früchte ihrem Vermögenswerthe (nicht ihrem Körper) nach sein seien. Vgl. Bake S. 16 Note 11, Windscheid S. 104, Göppert S. 329. Es kommt hinzu, daß es in l. 40 D. h. t. 41. 1 vom redlichen Besitzer heißt: „fructus *consumtos* suos facit" und in l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3: „eius fiunt *si consumti sunt*" (diese Worte emendiren in „si non summisit" Jhering und Mommsen in seiner Pandektenausgabe [additamenta p. XXXVII]). Hier kann mit diesen Ausdrücken das Eigenthumsrecht nicht gemeint sein, da es ein Eigenthumsrecht an einer verzehrten, also vernichteten, Sache nicht gibt; hier muß ihr Sinn der sein, daß der redliche Besitzer den Vermögenswerth der Früchte behalten dürfe. Es ist auch richtig, daß der redliche Besitzer in unseren Quellen nie dominus der Früchte genannt wird, daß ihm nie dominium oder proprietas an den Früchten zugeschrieben wird. Aber wie wahr dieß alles auch sein mag, es gibt Stellen — es sind die oben genannten — in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas Anderes zu finden, als eine Anerkennnng des Eigenthumsrechts des redlichen Besitzers. (A. M. Göppert S. 331 fg. 401 fg.) Diese Thatsachen lege ich mir zurecht durch die Annahme, daß die fraglichen Ausdrücke zwar ursprünglich das Eigenthumsrecht nicht haben bezeichnen wollen, sondern nur die angegebene unbestimmtere Vorstellung — die Früchte sind zum Verzehrtwerden bestimmt, wer sie verzehren, also ihrer Bestimmmung gemäß über sie verfügen kann, zu dessen Vermögen gehören sie, als wenn er ihr Eigenthümer wäre, — daß aber jene Ausdrücke später allerdings auch vom Eigenthumsrechte verstanden worden sind. Im Wesentlichen habe ich dieß bereits in der oben citirten Abhandlung ausgeführt, und auch jetzt noch sehe ich keine Nöthigung, meine Ansicht aufzugeben. Die herrschende Ansicht stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte werde, und fügt dann erst hinzu, daß er die vorhandenen dennoch herausgeben müsse. Diese herrschende Ansicht ist neuestens auch wieder von Fitting, Köppen und Jhering vertheidigt worden, während Göppert sich der hier vertretenen angeschlossen hat (im Einzelnen jedoch abweichend, s. in dieser Note vorher, Note 11 und Note 16). Gegen die herrschende Ansicht spricht, daß sie nicht zu erklären vermag, warum das römische Recht dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben habe, wenn es ihm bloß Consumtionsbefugniß zugestehen wollte, warum es ihn zum Eigenthümer gemacht habe, wenn es ihm Eigenthum nicht lassen wollte. Wenn von Seiten der herrschenden Ansicht lange Zeit nicht einmal ein Versuch gemacht worden ist, diese Frage zu beantworten, so wird die Berechtigung derselben jetzt ausdrücklich anerkannt, s. namentlich Köppen S. 14. Die Antwort nun, welche Köppen selbst gibt, lautet (S. 46. 47): die Consumtionsbefugniß sei kein selbständiges Recht; um dem redlichen Besitzer Consum-

Verzehrungsbefugniß nicht ergeben[18]. Daher darf namentlich dem redlichen Besitzer nicht die Möglichkeit versagt werden, sich

tionsbefugniß geben zu können, habe man ihm Eigenthum geben müssen. Sollte das römische Recht wirklich so unbeholfen gewesen sein — in einer Rechtsmaterie, welche ihre Ausbildung offenbar nicht der Gesetzgebung und der formalistischen sich an sie anschließenden alten Jurisprudenz, sondern der Praxis des Lebens verdankt! Eine andere Meinung geht dahin, daß dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben worden sei mit Rücksicht auf den Fall der Veräußerung der Frucht, in seinem eigenen Interesse, damit er nicht in Folge der Vindication der Frucht bei dem dritten Erwerber zur Herausgabe bereits verzehrten Geldes genöthigt werden könne (Keller §. 143, Hartmann S. 523, vgl. Pagenstecher II S. 101 a. E.), oder im Interesse des dritten Erwerbers selbst, „damit die Frucht aus der Hand des Producenten frei und sicher in den Verkehr trete" (so Ihering S. 320, und ebenso schon vor ihm Fitting S. 278, Hartmann S. 523). Allein was das Interesse des redlichen Besitzers angeht, s. Note 16, was das Interesse des Erwerbers: liegt ein Interesse des Erwerbers, auf das Behalten der erworbenen Sache rechnen zu dürfen, bloß bei Früchten vor? Ueber die Auffassungen Anderer s. den Bericht bei Windscheid a. a. O. S. 57—75 und außer den dort Genannten Sell dingliche Rechte S. 66, Dernburg Heid. krit. Zeitschr. I S. 145. 146, Scheurl Beitr. I S. 296, Brinz S. 199, Böcking II S. 136, Sintenis I S. 486 Anm. 29. — Brinz a. a. O. regt den Gedanken an, ob sich nicht der Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers aus einer ursprünglichen Ununterschiedenheit zwischen b. f. possessio und bonitarischem Eigenthum erkläre. Aber jedenfalls ist damit doch für die Zeit, wo man jene beiden Verhältnisse wirklich schied, gar nichts erklärt. Dieser Gedanke hat Anklang gefunden bei Pagenstecher II S. 108; zur Carrikatur entstellt findet er sich wieder in der oben genannten (übrigens wie es scheint von Brinz unabhängigen) Schrift von Janke. Nach diesem Schriftsteller ist das Recht des redlichen Besitzers wirklich bonitarisches Eigenthum, welches aber, wie das bonitarische Eigenthum überhaupt, im Conflict mit dem quiritarischen unterliege, und welches sich, obgleich sonst aus dem Justinianischen Recht der Gegensatz zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum verschwunden sei, gerade hier „zufällig" erhalten habe.

[18] Dies ist die praktische Bedeutung der in der vorigen Note vertheidigten Meinung. Daß aber wirklich die römischen Juristen nicht gemeint sind, das dem redlichen Besitzer zugeschriebene Eigenthumsrecht irgendwie praktisch zu verwerthen, geht am besten aus der Unbefangenheit hervor, mit welcher sie aus demselben folgern, daß der redliche Besitzer die — verzehrten Früchte nicht herauszugeben brauche, ohne daß es ihnen nur in den Sinn käme, wenigstens anzudeuten, daß daraus eigentlich ein weiter gehender Schluß gezogen werden müßte. Vgl. §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 1 §. 2 D. pign. 20. 1, l. 40 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In der l. 1 §. 2 cit. ist die Rede von der

durch Ersitzung auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern[14], wie andererseits ihm die Pflicht auferlegt werden muß, die Früchte auch dann herauszugeben, wenn der Eigenthümer die Hauptsache sie als solche, nicht als Zubehör der Hauptsache, einfordert[15]. Daher muß ferner dem Eigenthümer der Hauptsache die Befugniß zuerkannt werden, die Früchte auch von dem Dritten, an welchen der redliche Besitzer sie veräußert hat, abzufordern, eine Befugniß, welche nur dann wegfällt, wenn in Folge der Verurtheilung des Dritten der redliche Besitzer genöthig werden würde, den für die Früchte erhaltenen Werth wieder herauszugeben, ob-

---

Verpfändung der künftigen Früchte eines Grundstücks, dasselbe kommt in die Hände eines redlichen Besitzers; der Jurist entscheidet, daß die von demselben gezogenen Früchte nicht mit verpfändet seien, „qui numquam debitoris fuerunt" — und doch lautet die Schlußentscheidung: „eos *consumtos* bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur".

[14] Die herrschende Meinung ist dawider, weil ersitzen nur der Nichteigenthümer könne. Nur Marezoll (a. a. O. 211 fg.) hat das Gegentheil auszuführen gesucht; s. auch Janke S. 83—106. Dawider Vangerow I §. 326 Anm. 2 Nr. 2. c. L. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit, sondern nur die Nothwendigkeit der Ersitzung. Dasselbe ist von l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2 zu sagen, während §. 5 eod. kaum anders, als von der Zulässigkeit der Ersitzung zu verstehen ist (vgl. übrigens Mommsen ad h. l.). Man behauptet, diese Stelle wolle nur sagen, die Thierjungen seien nicht furtiv, nicht, sie könnten ersessen werden; aber das ist erstlich sprachlich unwahrscheinlich, und zweitens, welche andere Bedeutung hat denn hier die Nichtfurtivität, als eben die, daß ersessen werden kann? S. auch l. 4 §. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 2 D. pro suo 41. 10. — Ein anderer Fall der Ersitzung einer eigenen Sache in l. 12 §. 8 D. de captiv. 49. 15 (vgl. übrigens Göppert S. 341 fg.).

[15] Nach der herrschenden Meinung kann der redliche Besitzer auf Herausgabe der vorhandenen Früchte nur in dem Urtheil, welches ihm die Herausgabe der Hauptsache auferlegt, verurtheilt werden; er bleibt Eigenthümer der Früchte, muß sie aber dennoch als causa rei herausgeben. Nach einer anderen Meinung (Marezoll a. a. O. S. 229 fg., Sintenis I §. 49 Note 31, dagegen Vangerow a. a. O. lit. b, dafür neuerdings Köppen S. 76 fg.) verliert er das Eigenthum mit dem Aufhören seiner bona fides, und dieses Aufhören soll auch mit der Erhebung des Processes gegen ihn, auf die Hauptsache oder auf die Frucht allein, eintreten. Für den im Text aufgestellten Satz beweist l. 48 D. de evict. 22. 1 allerdings nicht (Vangerow a. a. O., Brinz S. 197, vgl. übrigens Göppert S. 353 Note 19), freilich auch nicht, wie man behauptet hat, gegen denselben l. 22 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de crim. exp. her. 9. 32, l. 3 C. de cond. ex lege 4. 9.

gleich er ihn bereits verzehrt hat[16]. — Ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Früchte darf nicht gemacht werden[17].

---

[16] So wird entschieden in Betreff des redlichen Besitzers einer Erbschaft, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht haftet. L. 25 §. 17 D. de H. P. 5. 3. „Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? ... Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent". „Nec pretio factus sit locupletiör" heißt, er hat den Kaufpreis zwar erhalten, aber jetzt ist derselbe nicht mehr, weder unmittelbar noch mittelbar, in seinem Vermögen. Die Lesart „licet" statt „nisi" welche jetzt auch Francke in seinem Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 302 fg. vertheidigt, ist gegen die vereinigte Autorität der Florentina und der Basiliken. (Die Stelle spricht zwar nur von der exceptio quod praeiudicum non fiat, aber mit dieser Einrede macht der Käufer eben geltend, daß nicht der Erbschaftsbesitzer durch das jetzt zu fällende Urtheil indirect zu einer Leistung genöthigt werden dürfe, zu welcher er in der hereditatis petitio nicht verurtheilt werden könne. In l. 16 §. 7 eod. ist der Erbe nicht nicht „locupletior factus"; l. 13 §. 4. 9 eod. constatiren nur die Möglichkeit der hereditatis petitio, ohne unsere Frage zu berühren; die Berufung auf l. 13 §. 5 eod. fällt weg nach S. 157 unt. Vgl. auch III §. 612 Note 15.) Andere Fälle von Einreden ex iure tertii: II §. 350 Note 19, II §. 412 Note 11, II §. 477 Note 9. 17, II §. 487 Note 5. — Die herrschende Meinung — und in dieser Beziehung schließt sich ihr auch Göppert S. 361 fg. an — läßt den redlichen Besitzer das für die veräußerte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräußern an sich bereits ein consumere sieht. Das ist aber nicht richtig. Consumere rem heißt allerdings nicht bloß: eine Sache als Körper vernichten, sondern auch: sie als Bestandtheil des Vermögens (des Consumirenden) vernichten (daher geradezu consumere bona, l. 16 D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 41 §. 1 D. de lib. causa 40. 12); aber offenbar ist in einer Veräußerung, bei welcher für das Veräußerte etwas erworben wird, eine solche Vernichtung nicht enthalten. Allerdings gilt das Geld als consumirt (nummi consumti), sobald es nur ausgegeben ist; aber hier macht sich die Betrachtung geltend, daß einerseits das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist — es wird durch den Gebrauch aufgebraucht — und andererseits in dem Ausgeben des Geldes allerdings eine Art körperlicher Vernichtung liegt, insofern nämlich die ausgegebenen Geldstücke als solche nicht mehr wiederaufgefunden werden können (vgl. §. 2 I. de usuf. 2. 4: „ipso usu quodammodo exstinguitur"). Und selbst hier findet sich ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem eine Consumtion des Geldes nur dann angenommen wird, wenn statt desselben auch nichts Anderes im Vermögen ist. Vgl. l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4, l. 23 pr. l. 25 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In l. 6 §. 3 C. de sec. nupt. 5. 9 werden die „res consumtae" den „res alienatae"

— Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nur so lange als seine Redlichkeit[18].

## Eigenthumserwerb an Arbeitsproducten*.

### §. 187.

Menschliche Thätigkeit vermag nicht neuen Stoff zu produciren, aber sie vermag vorhandenen Stoff in der Weise um-

---

geradezu entgegengesetzt. Hiernach wird es nicht als genügende Stütze für die herrschende Meinung angesehen werden können, wenn es in l. 3 §. 3 D. de act. rer. am. 25. 2 heißt: „res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit“. In l. 65 §. 6 D. de cond. ind. 12. 6 braucht das „consumere“ nicht von Veräußerungen verstanden zu werden. Vgl. Janke S. 109—118.

[17] Unterholzner a. a. O. spricht dem redlichen Besitzer die von selbst entstandenen Früchte zu redlichem Besitz, die durch seine Thätigkeit erzeugten zu Eigenthum, und zwar zu unwiderruflichem Eigenthum, zu. Gegen diese Unterscheidung l. 48 pr. D. h. t. 41. 1, wenigstens scheinbar dafür l. 45 D. de usur. 22. 1. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Vangerow a. a. O. lit. d und die dort gegebenen Citate, Böcking II §. 151 Note 32. — Janke (S. 42 fg. 149 fg.) will zwischen Thierjungen und anderen Früchten unterscheiden; an den letzteren soll der redliche Besitzer nur bonitarisches, an den ersteren volles Eigenthum erwerben. Sein Grund ist l. 28 pr. D. de usur 22. 1, in welcher die Worte „pleno iure“ und „bonae fidei possessoris“ Zusatz der Compilatoren seien (§. 37 I. de R. D. 2. 1). — Es ist aber hier nur von natürlichen Früchten die Rede. Was juristische Früchte angeht s. Windscheid S. 132 fg., Göppert S. 354 fg., Köppen S. 92 fg.

[18] In Betreff der Frage, ob später eintretendes unredliches Bewußtsein dem Fruchterwerb hinderlich sei, oder nicht, widersprechen sich l. 25 §. 2 D. de usur. 22. 1, l. 48 §. 1 D. h. t. 41. 1. Auf die Bejahung der Frage führt das Princip der Lehre, wie es im Vorstehenden entwickelt ist, und die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der „conscientia rei alienae“. Vgl. Scheurl Beiträge I S. 298, Göppert S. 367 fg., Köppen S. 83 fg. Eine Vereinigung jener Stellen sucht Schmid I S. 107.

* Meykow die Lehre des römischen Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Specification, in Osenbrüggen's Dorpater juristischen Studien S. 149 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 1. 7. 13 (1865). F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868). Gesterding S. 255—275, Schmid I §. 11, Pagenstecher II S. 113—122. Böcking II §. 154, Sintenis I S. 490 —491, Vangerow I §. 310.

[1] Man spricht in diesem Fall gewöhnlich von Eigenthumserwerb durch §. 187.

zugestalten, daß er als neue Sache erscheint[1]. Das Eigenthum einer neuen Sache dieser Art fällt an den Verfertiger[1a], wenn die Sache nicht mehr in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, sonst an den Eigenthümer des Stoffes[2]; jedoch hat der

---

„Specification" (nach dem quellenmäßigen: ex aliena materia speciem aliquam facere).

[1a] Bez. an denjenigen, für welchen der Verfertiger sie verfertigt hat.

[2] Dieses ist die von Justinian gebilligte mittlere Meinung, welcher zwei andere (die der Proculianer und der Sabinianer) entgegenstanden, wonach ausschließlich auf die Verfertigung oder ausschließlich auf das Eigenthum am Stoffe gesehen werden sollte. Gai. II. 79, §. 25 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 7 l. 12 §. 1 l. 24 l. 26 pr. l. 27 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1, vgl. l. 78 §. 4 D. de leg. III° 32. — Ist der Grund des dem Verfertiger zufallenden Eigenthums seine Arbeit, oder erwirbt er das Eigenthum nach dem Gesichtspunkt der Bemächtigung? Für das Letztere die ältere und noch immer vorherrschende Ansicht, neuerdings Vangerow a. a. O. in der 7. Aufl., Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII. 2; für das Erstere namentlich Scheurl Beiträge I S. 283 fg., Leist civil. Studien III S. 119 fg. 162 fg., Bremer S. 59 fg. 64, und was das Justinianische Recht angeht Fitting a. a. O., während dieser Schriftsteller in der älteren römischen Jurisprudenz auch das Occupationsprincip vertreten findet. In der That wird einerseits das Letztere gegenüber l. 7 §. 7 D. h. t. 41. 1 („quia quod factum est antea nullius fuerat") schwer zu bestreiten sein, andererseits verträgt sich der Standpunkt der Occupation, wenn man auch von der in ihrem Sinne streitigen Schlußbestimmung des §. 25 I. h. t. 1 (Note 4) absehen will, jedenfalls nicht mit dem in der Compilation anerkannten Satz, daß der Verfertiger nur dann Eigenthümer wird, wenn er sich in gutem Glauben befindet (s. die folgende Note). — Man denke übrigens nicht bloß an den Fall, wo Jemand aus fremdem, sondern auch an den, wo er aus eigenem Stoffe eine neue auf ihre frühere Gestalt nicht rückführbare Sache verfertigt. Er hat in diesem letzteren Fall den Vortheil des besseren Beweises, sowie Freiheit von allen Beschränkungen des früheren Eigenthums. Fitting S. 149 fg. 328. 333 Anm. 16, Bremer S. 37. — Auch das Eigenthum an der rückführbaren neuen Sache ist ein neu begründetes, nicht die Fortsetzung des Eigenthums am Stoffe; denn der Begriff der neuen Sache (Note 5) ist von dem Momente der Nichtrückführbarkeit unabhängig. (Fitting S. 11. 326, Bremer S. 37.) Zwar glaubt Fitting S. 158 fg., es sei in der älteren römischen Jurisprudenz auch die Ansicht vertreten gewesen, daß das Eigenthum an der verarbeiteten Sache mit dem Eigenthum am Stoffe identisch sei; aber er scheint mir hierin zu weit zu gehen, jedenfalls halte ich die Stelle, auf welche er das Hauptgewicht legt, l. 44 §. 2 D. de leg. I°, nicht für beweiskräftig; die Willensinterpretation, welche diese Stelle enthält, macht jene Annahme nicht nöthig. Ist nun aber auch das Eigenthum an der rückführbaren Sache

Eigenthumserwerb des Verfertigers die weitere Voraussetzung, daß derselbe sich in gutem Glauben befunden habe[3]. Verfertigt Jemand aus theilweise eigenem, theilweise fremdem Stoff eine neue Sache, so wird er selbst dann Eigenthümer derselben, wenn

---

ein neu vergebenes, so ist es doch nur vergeben auf Grund des Eigenthums am Stoffe, und daher müssen die Beschränkungen dieses letzteren Eigenthums sich in dem Eigenthum an der neuen Sache wiederholen. Auch in dieser Beziehung ist Fitting a. M., s. S. 328 fg. und namentlich S. 331; aber ich glaube nicht, daß der zuvor bezeichnete Schluß abzuweisen ist. In l. 18 §. 3 D. de pign. act. 13. 7 wird das Gegentheil nicht entschieden, sondern bloß vorausgesetzt (bloß vorausgesetzt nach doppelter Richtung: einmal weil die Stelle zunächst nur eine Willensinterpretation enthält, sodann weil der Fall, welchen sie behandelt, ein Fall der Nichtrückführbarkeit ist), und für den Zusammenhang des Justinianischen Rechts fällt auch diese Voraussetzung weg. — Zum Theil eigenthümliche Ansichten neuerdings bei Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 99 fg.

[3] Das wird bewiesen weniger durch l. 12 §. 3 D. ad exh. 10. 4, welche kein unzweifelhaftes Resultat gibt, als vielmehr durch l. 13 l. 14 §. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 4 §. 20 D. de usurp. 41. 3, l. 52 §. 14 D. de furt. 47. 2, nach welchen Stellen das aus entwendetem Material Verfertigte (und entwendet ist jedes unredlicher Weise verarbeitete Material) selbst entwendet ist; an Entwendetem aber kann der Entwender kein Eigenthum erwerben. Und in den genannten Stellen wird dem Eigenthümer des Stoffes die condictio furtiva gegeben, die doch „soli domino competit" (l. 1 D. de cond. furt. 13. 1). Durch den Einwand, die condictio furtiva werde in diesen Stellen gegeben wegen l. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1 („tamdiu . . . condictioni locus erit, donec *domini facto* dominium eius rei ab eo recedat"), wird dieses Argument offenbar nicht berührt; es handelt sich ja nicht von der Condiction auf die verarbeitete Sache, sondern von der Condiction auf die neu geschaffene. Der hier vertheidigten Ansicht sind Fitting S. 335 fg., Bremer S. 62, außerdem Unterholzner Verjährungslehre I S. 229 Note 245, W. Sell Versuche I. 5, Scheurl Beiträge I S. 285. 286, Dernburg Heid. krit. Zeitschrift I S. 147, Arndts §. 155 Anm. 3, K. Sell dingliche Rechte S. 101—106, Böcking I S. 166. 167 (die beiden Letzteren unter Hervorhebung, daß nicht in allen Fällen Unredlichkeit vorliege, wo der Verarbeiter das fremde Eigenthum kannte), Schulin a. a. O. S. 109 fg.; dawider mit vielen Neueren Puchta §. 154. h, Vangerow a. a. O. Nr. 2, Schmid I S. 172—177, Sintenis I §. 50 Anm. 14, Pagenstecher II S. 117—119. Der Hauptgrund der hier verworfenen Meinung liegt darin, daß das Eigenthum des Verfertigers auf den Gesichtspunkt der Bemächtigung zurückgeführt wird. Die hier vertheidigte Meinung ist auch anerkannt in dem Urthel bei Seuff. Arch. XV. 99.

sie in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann[4]. Die Frage[4a], was dazu gehört, damit man sagen könne, es sei eine neue Sache geschaffen, ist keine juristische Frage, sie kann nur nach der Verkehrsauffassung beantwortet werden. Nur so viel läßt sich sagen, daß nicht jede Veränderung einer vorhandenen Sache, auch wenn sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, Hervorbringung einer neuen Sache ist[5].

Wer durch Verarbeitung einer fremden Sache Eigenthum erworben hat, hat deßwegen nicht ohne Weiteres auch den Vermögenswerth derselben erworben; er haftet vielmehr dem früheren Eigenthümer obligatorisch nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung[6].

---

[4] Es ist dieß eine sehr bestrittene Frage; die jetzt herrschende Ansicht ist eher gegen den im Text aufgestellten Satz. S. die Citate bei Fitting S. 318 (welcher selbst dafür ist) und Vangerow a. a. O. Nr. 1 (welcher dagegen ist). Die entgegengesetzte Meinung ist auch in der 1. Auflage dieses Lehrbuchs vertheidigt worden. Aber bei unbefangener Betrachtung läßt sich doch in der That aus §. 25 i. f. I. h. t. 2. 1 nichts Anderes herauslesen, als das im Text Gesagte, und, worauf Fitting hingewiesen hat, bei Theophilus ist die Fassung noch weit schärfer und zweifelausschließender. Daß l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1 keinen Gegengrund enthält, und noch weniger l. 12 §. 1 D. h. t. 41. 1, darüber s. Fitting S. 321. Ich sehe den Hauptgrund (oder die Hauptveranlassung) der herrschenden Ansicht darin, daß man meint, nur bei Nichtrückführbarkeit des Erarbeiteten liege eine neue Sache und ein erst zu vergebendes Eigenthumsrecht vor, was gewiß nicht richtig ist (Note 2). Für die hier vertheidigte Ansicht auch Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 300 fg. — Redlichkeit des Bewußtseins wird auch hier beim Verfertiger vorausgesetzt, sonst tritt Miteigenthum ein. Dagegen läßt Arndts §. 155 Anm. 3 bei theilweise eigenem Eigenthum das Erforderniß des redlichen Bewußtseins (für den Fall der Nichtrückführbarkeit) fallen, ohne Grund, soviel ich sehe. S. auch Fitting S. 343 Note 128.

[4a] Vgl. Bechmann Arch. f. civ. Pr. XLVII S. 3 fg., Fitting S. 3 fg., Bremer S. 10 fg. 15 fg. 30 fg. 40 fg.

[5] So nicht das Ausdreschen (l. 7 §. 7 D. h. t. 41. 1, nach welcher Stelle sich die beiläufige Aeußerung in 25 I. h. t. 2. 1 berichtigt). Ebensowenig das Färben (l. 26 §. 3 D. h. t. 41. 1) oder Beschreiben (§. 33 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1). (Ueber das Malen s. §. 189 Note 6.)

[6] Seine Bereicherung ist formal gerechtfertigt, nicht aber materiell. S. l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und vgl. dazu l. 55 eod. und §. 174 Note 9, §. 190 Note 4. Vielleicht ist auch Gai. II §. 79 i. f. hierauf zu be-

## H. Eigenthumserwerb durch Verbindung*[1].

### §. 188.

Es kann verbunden werden Bewegliches mit Unbeweglichem oder Bewegliches mit Beweglichem[2].

1. Verbindung von Beweglichem mit Unbeweglichem.

a. Mit einem Grundstück wird anderes Erdreich verbunden: durch Anschwemmung[3], oder durch Antreibung[4], oder in

---

ziehen, dessen Worte §. 26 I. h. t. wiedergibt, allerdings nicht mit Beziehung auf die Specification, aber mit Aenderung des „quibusdam" in „quibusque" (so las wenigstens Theophilus). Von den speciellen Gründen, auf welchen ein Anspruch auf Herausgabe des Werthes der verarbeiteten Sache, oder auch auf das Interesse des früheren Eigenthümers, beruhen kann, wie z. B. Entwendung, Vertrag ꝛc. ꝛc., ist hier natürlich nicht zu reden. Vgl. unten §. 190 und II §. 422 Note 2 (§. 424). Fitting S. 345 fg.

* Wächter im Rechtslexicon I S. 11 fg. u. d. W. Accession (1838). Bechmann zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (1867). F. P. Bremer krit. VJSchr. X S. 1 fg. (1868). Göppert über die organischen Erzeugnisse S. 87 fg. (1869). Ders. über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen S. 75 fg. (1871). Gesterding S. 190—225, Schmid I §. 10, Pagenstecher II S. 128—156. Böcking II §. 152, Sintenis I S. 491—497.

[1] Gewöhnlich spricht man von Eigenthumserwerb durch Accession. Es wird aber zum Erwerb durch Accession wohl auch der Erwerb des Schatzes und der Früchte, ja selbst der Erwerb durch Specification gerechnet. Vgl. Bechmann S. 1 fg. §. 188.

[2] Diese Fälle werden aber nur der Uebersicht wegen unterschieden, nicht als ob das Princip der Entscheidung bei ihnen ein verschiedenes wäre. Ebenso verhält es sich mit den im Folgenden gemachten ferneren Unterscheidungen. — Von Anderen wird ein dritter Fall hinzugefügt: Verbindung von Unbeweglichem mit Unbeweglichem, wohin im Besonderen die in §. 185 genannten Fälle der im Fluß entstandenen Insel, des verlassenen Flußbettes und der Anschwemmung, und außerdem der sogleich zu nennende Fall der Antreibung gerechnet werden. Aber im Falle der Anschwemmung und der Antreibung ist das Verbundene nicht unbeweglich, wenngleich es ein Grundstück bilden hilft; im Fall der im Fluß entstandenen Insel liegt nur sehr uneigentlich eine Verbindung vor, und jedenfalls ist in diesem Fall, wie im Fall des verlassenen Flußbettes, die Verbindung nicht der Grund des Eigenthumserwerbes. Daraus erklärt sich auch l. 9 §. 4 D. de usufr. 7. 1, während l. 16 D. de leg. III°, wenn die Worte „vel etiam insulae natae" echt sind, eine liberale Vermächtnißinterpretation zur Geltung bringt. Vgl. Bechmann S. 13 fg.

anderer Weise[5]. Der Eigenthümer des Grundstücks erwirbt das Eigenthum des zu seinem Grundstück hinzugefügten Erdreichs, sobald dasselbe mit seinem Grundstück zusammengewachsen ist[6].

b. Verbindung durch Einpflanzen oder Einsäen. Das Eingepflanzte und Eingesäete gehört, sobald es Wurzeln geschlagen hat, dem Eigenthümer des Grundstücks; es fällt auch, wenn es ausgerissen wird, nicht an den früheren Eigenthümer zurück[7].

c. Verbindung durch Einbauen[8], also Herstellung eines Bauwerks, namentlich eines Gebäudes[9]. Das zum Bauwerk unter sich und mit dem Grundstück Zusammengefügte bildet mit dem Grundstück ein Ganzes, und dieses Ganze steht im Eigen-

---

[3] Dieser Fall ist unter einem andern Gesichtspunkt bereits in §. 185 betrachtet worden.

[4] Der Fall der s. g. avulsio: es wird durch die Gewalt des Flusses ein Stück von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes Grundstück angetreiben.

[5] L. 9 §. 2 D. de damno inf. 39. 2: — „si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum".

[6] L. 9 §. 2 cit.: — „item demum . . crustam vindicari posse (von dem früheren Eigenthümer), si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit". L. 7 §. 2 D. h. t., §. 21 I. h. t. l. 2. 1. In diesen letzteren Stellen wird für den Fall der avulsio als Kennzeichen der Zusammenwachsung angegeben: „si arbores, quas secum traxerit (das angetriebene Stück), in meum fundum radices egerint". Bechmann S. 27 hält dieß radices agere für wesentlich, und glaubt, daß das Erdreich nur um der Bäume und Pflanzen willen erworben werde, für sich allein gar nicht erworben werden könne.

[7] §. 31. 32 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 13 l. 9 pr. l. 26 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 25 D. de usur. 22. 1, l. 9 §. 2 D. de damno inf. 39. 2, l. 11 C. de R. V. 3. 32. Es gehört, so lange die Verbindung dauert, dem Eigenthümer des Grundes und Bodens deßwegen, weil es Theil des Grundes und Bodens ist (§. 144 Note 7); es gehört auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, weil es jetzt nicht mehr dieselbe Sache ist, die es früher war (l. 26 §. 1 cit.: „nam credibile est alio terrae alimento aliam factam"). — Ein Baum, welcher in zwei Grundstücken wurzelt, gehört dem einen und dem andern Grundeigenthümer (§. 31 I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 13 l. 8 D. h. t. 41. 1, l. 19 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 83 D. pro soc. 17. 2). Die entgegengesetzte, aber inconsequente Ansicht, daß er demjenigen gehöre, aus dessen Grundstück sein Stamm hervorwächst, ist vertreten in l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7. Vgl. übrigens Vangerow I §. 329 Anm. 2, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 152 fg.

[8] Vgl. Zaun Arch. f. civ. Pr. XLIII. 10. 13 (1860).

[9] S. aber auch z. B. l. 2 C. de serv. 3. 34.

thum des Eigenthümers des Grundstücks[10]. Dadurch ist aber dasjenige Eigenthumsrecht, welchem das Eingefügte als besondere Sache unterliegt, nicht aufgehoben[11], sondern kann nur während der Dauer der Verbindung nicht geltend gemacht werden[12]; sobald die Verbindung wieder gelöst wird, erlangt es seine frühere Kraft[13]

---

[10] L. 7 §. 10. 12 D. h. t. 41. 1. „Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit . . . Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est . .“. L. 2 D. de superf. 43. 18. „Superficiarias aedes eas appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum“. L. 2 C. de R. V. 3. 32. — „id quod in solo tuo inaedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet“. S. noch l. 50 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 98 §. 8 D. de solut. 46. 3, l. 39 pr. l. 59 D. de R. V. 6. 1, l. 14 D. de donat. 39. 5. Seuff. Arch. XVIII. 242. Bechmann S. 57 fg. ist der Meinung, dieser Satz beruhe auf positiver Anordnung, nicht auf juristischer Nothwendigkeit, ebenso Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 119 fg.; s. dagegen Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 10 fg.

[11] L. 7 §. 10 D. cit.: — „nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desinit dominus eius esse“. L. 7 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2: — „cuius insula est, non utique et cementa sunt“.

[12] L. 7. §. 10 cit.: — „sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere“. L. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1. Vgl. §. 65.

[13] L. 7 §. 10 cit.: — „ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare“. L. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1: — „cementa resoluta prior dominus vindicabit“. L. 2 C. cit: — „si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominum redit“. Die Ausdrücke prior, pristinus dominus halten sich an die Erscheinung; das Wesen der Sache geben sie nicht wieder. S. auch §. 189 Note 4. — Die Auffassungen der Schriftsteller sind übrigens verschieden. Die gewöhnliche Auffassung ist wohl die, daß ein interimistischer, widerruflicher Eigenthumserwerb und Eigenthumsverlust an dem Eingefügten stattfinde, so namentlich Wächter S. 20. 26, und neuestens Demelius die Exhibitionspflicht (Graz 1872) S. 100 fg. Aber woher das Eigenthum des früheren Eigenthümers nach der Trennung, wenn er in der That aufgehört hat Eigenthümer zu sein? Veränderung des räumlichen Verhältnisses einer Sache ist doch kein Eigenthumserwerbgrund. Nur die Kategorie des ruhenden Rechts (§. 65 Note 1) leistet den erforderlichen Dienst. Wie hier, Baron Gesammtrechtsverhältnisse 39 fg. und, jedoch nur für unwesentliche Bestandtheile, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 163 fg. 275 fg. Nach Bechmann S. 40 fg. soll der Eigenthümer des Grundstücks nicht Eigenthümer des Gebäudes werden, sondern

zurück[13]. Verlangt werden kann die Lösung der Verbindung nicht[14]; dafür hat der Eigenthümer des eingefügten Materials einen Anspruch auf den doppelten Werth desselben[15], welcher Anspruch jedoch wegfällt, wenn die Einfügung mit seinem Willen geschehen ist[16]. Durch die Leistung des Doppelten erwirbt der Besitzer das

es nur vindiciren können; das Gebäude, meint Bechman, sei überhaupt nicht Sache, sondern ein auf sachlicher Grundlage beruhender Vermögenswerth, und nichts Körperliches, sondern (als Verbindung) etwas Unkörperliches. „Diese Behauptungen werden schwerlich Beistimmung finden", Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 10. S. auch Bremer S. 50 fg. 54 fg. Burckhard Thür. Bl. f. RPflege XV S. 114. 116.

[14] Gegen die Regel (§. 189 Note 4a), nach einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln (Festus s. v. tignum), über deren Restitution zu vergleichen ist Huschke ad leg. XII tabb. de tigno iuncto commentatio p. 1—4. 19—29 (1837). Die 12 Tafeln sprachen von „tignum iunctum"; über die Bedeutung von tignum s. l. 1 §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3, l. 62 D. de V. S. 50. 16, l. 7 pr. D. ad. exh. 10. 4.

[15] §. 29 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 10 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 6 D. ad. exh. 10. 4, l. 98 §. ult. D. de sol. 46. 3.

[16] L. 63 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: „. . quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent". — Nach einer andern Meinung (Vangerow I §. 300 Anm.) soll dieser Anspruch nur dann begründet sein, wenn das Eingefügte entwendet ist (wozu außer der Nichtberechtigung auch unredliches Bewußtsein des Besitzers gehört). Für diese Meinung darf nicht angeführt werden l. 1. 2 D. de tigno iuncto 47. 3; diese Stellen sagen freilich, daß die actio de tigno iuncto bei tignum furtivum stattfinde, aber sie sagen keineswegs, daß sie nur bei tignum furtivum stattfinde. Oder will man auf Grund dieser Stellen behaupten, daß auch der Ausschluß des Loslösungsanspruchs Furtivität des Materials voraussetzt? (l. 1 cit: „lex XII tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare"). So spricht für die bezeichnete Meinung nichts, als daß in l. 63 cit. Paulus den in den oben abgedruckten Worten enthaltenen Grund des Neratius so wiedergibt: „neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est", und das ist m. E. nicht im Entferntesten ein genügendes Gegengewicht gegen die Unbedingtheit, in welcher die in Note 10 genannten Quellenstellen den Anspruch auf das Doppelte anerkennen. — Noch weiter geht Huschke a. a. O. (und nach ihm Sintenis I §. 50 Note 52). Derselbe nimmt für das classische Recht einen Widerspruch zwischen den römischen Juristen an, betrachtet aber als die in der Compilation gebilligte Meinung, daß nur gegen den fur selbst der Anspruch auf das Doppelte zulässig sei. Dagegen Puchta Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 19 (1838), Jhering Schuldmoment S. 12. Vgl. noch Wächter a. a. O. S. 27, Schmid I §. 10 Note 56.

Eigenthum des Materials[17], nur nicht derjenige, welcher unredlicher Weise eingefügt hat[18].

Hierzu ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Die Verbindung muß eine feste und dauernde sein; sonst wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert[19].

2. Auch dann wird an dem bestehenden Rechtsverhältniß nichts geändert, wenn das in ein Gebäude Eingefügte nur äußerliche Zuthat ist, nicht zur Herstellung des Gebäudes als solchen und zur Vollendung desselben dient[20].

3. Umgekehrt tritt wirklicher Eigenthumsverlust ein, wenn die Verbindung von dem Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten, vorgenommen worden ist[21].

4. Auch Herausgabe von eingefügten Rebpfählen kann der Eigenthümer nicht verlangen, und wird dafür, wie bei eingefügtem Baumaterial, durch Ersatz des doppelten Werths entschädigt[22].

---

[17] §. 29 I. h. t. 2. 1.

[18] L. 2 D. de tigno iuncto 47. 3. Vgl. Wächter a. a. O. S. 28.

[19] So z. B., wenn auf einem Grundstück ein „horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile" (l. 60 D. h. t. 41. 1) errichtet wird.

[20] Wenn es nicht zum „Inbegriff" des Gebäudes gehört. Vgl. §. 143, und speciell Note 6. 7 das. L. 17 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 16. Seuff. Arch. XVIII. 207. Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XXXVII S. 335 fg.

[21] L. 2 C. de R. V. 3. 32, l. 39 pr. D. eod. 6. 1, vgl. 14 D. de don. 39. 5. Nach §. 30 I. h. t. 2. 1 und l. 7 §. 12 D. h. t. 41. 1 soll auch dann wirklicher Eigenthumsverlust eintreten, wenn der Einfügende unredlicher Besitzer des Grundstücks war. Das Gegentheil sagt l. 2 C. cit. (nicht auch l. 59 D. de R. V. 6. 1, welche nicht von einem unredlichen Besitzer spricht). Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Schmid I §. 10 Note 67, Vangerow I S. 329 Anm. 1), und so heben sie sich gegenseitig auf. Da wir demzufolge keine positive Bestimmung für die bezeichnete Strafe des unredlichen Besitzers haben, wird dieselbe als geltendes Recht nicht behauptet werden dürfen.

[22] D. h. auch diese braucht der Eigenthümer des Weinbergs nicht herauszugeben, wenn er das Doppelte ihres Werthes ersetzen will. L. 1 pr. §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3. Im Uebrigen ist hier durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Loslösungs-, sondern der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigenthümer der Rebpfähle durch die Verbindung sein Eigenthum nicht.

## §. 189.

### 2. Verbindung von Beweglichem mit Beweglichem.

Bei einer solchen Verbindung ist es möglich, daß die verbundene Sache ihre Existenz in der Weise verliert, daß sie als das, was sie früher war, nicht mehr hergestellt werden kann; dann ist sie untergegangen, und es kann von einem Eigenthumsrecht an derselben nicht die Rede sein[1]. Das Ganze aber, in

---

§. 189. [1] L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. — „Dicit enim (Cassius), si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit". Unter ferruminatio versteht die herrschende Meinung Anschweißung, Verbindung durch das gleiche Metall, unter adplumbatio Anlöthung, Verbindung durch verschiedenes Metall. Dagegen hat jetzt Göppert in seinem akad. Programm „über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten" (1869 — ein Nachtrag Zeitschr. f. RGesch. IX S. 241 fg. —) nachgewiesen, daß der Ausdruck ferruminare einen weiteren Sinn hat, und die Anlöthung, so wie jede andere Verbindung durch Kitt- oder Klebemittel, mit umfaßt, während unter adplumbatio eine Verbindung durch mit Blei ausgegossene Klammern oder Haken oder durch bleierne Reifen oder Ringe zu verstehen sei. Göppert sieht demnach den Entscheidungsgrund der Stelle in der durch die ferruminatio bewirkten Adhäsion der verbundenen Sachen, durch welche ein corpus continuum oder unitum im Sinn der stoischen Philosophie hergestellt werde, welches Letztere er näher ausgeführt hat in der Schrift über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 41 fg. 84 fg. Doch paßt zu dieser Erklärung schlecht, daß die Stelle von ferruminatio per eandem materiam spricht, was von Herstellung körperlichen Zusammenhangs überhaupt, wie Göppert will, und nicht von Herstellung körperlichen Zusammenhangs durch denselben Stoff zu verstehen, äußerst gezwungen ist. Wie dem auch sein mag, die Stelle bezeichnet jedenfalls als Resultat der Verbindung ein consumi, eine confusio, und für die Rechtsanwendung ist allein dieses Resultat maßgebend, nicht die Ansichten der römischen Juristen darüber, wie dasselbe erreicht wird. Andere Entscheidungen der Quellen, welche hierher gehören, beziehen sich auf: das Einweben (§. 26 I. h. t. 2. 1, vgl. l. 23 §. 1 D. de auro 34. 2, und was die gegentheilige Entscheidung in l. 7 §. 2 D. ad exh. 10. 4 angeht, Bechmann S. 44, Göppert über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 87); das Schreiben (§. 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1); das Malen (l. 23 §. 3 D. de R. V. 9. 1, vgl. §. 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1 und hierüber Note 6). Der im Texte aufgestellte Ausdruck der Regel scheint mir noch immer den Sinn des quellenmäßigen consumi und confundi am Besten wiederzugeben.

welchem sie jetzt enthalten ist, steht entweder im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, wenn nämlich eine der verbundenen Sache die Hauptsache ist, oder wenn dieß nicht der Fall ist, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Eigenthümer der verbundenen Sachen[2]. Wird die verbundene Sache von der Verbindung nicht in der Weise ergriffen, daß sie als die Sache, welche sie früher war, nicht mehr herstellbar ist, so wird, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert[3]. Ist dagegen eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, so steht, so lange die Verbindung dauert, die Nebensache in ihrer Eigenschaft als Bestandtheil der Hauptsache im Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, während das an ihr als besonderer Sache stattfindende Eigenthumsrecht ruht[4]; durch Auflösung der Verbindung

---

Andere bezeichnen als das Entscheidende die Unlösbarkeit der Verbindung (so auch Bechmann), oder die Unlösbarkeit nach Verkehrsauschauungen (Bremer), oder daß die Verbindung nicht ohne Zerstörung der verbundenen Sache, (Wächter), oder nicht ohne Gefahr für dieselbe, oder nicht ohne Schwierigkeit, lösbar ist. Vgl. Göppert a. a. O. S. 84. 85.

[2] L. 3 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune, et unusquisque pro parte ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus". L. 4 l. 5 §. 1 eod., l. 27 pr. D. h. t. 41. 1, vgl. l. 27 §. 2 eod. (Böcking II §. 152 Note 62, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III S. 278 fg., Bechmann S. 38 fg., Göppert S. 92). Zu allgemein drücken sich §. 27 i. f. I. h. t., l. 7 §. 9 D. h. t. 41. 1 aus, s. die folgende Note.

[3] L. 12 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet". L. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 27 §. 2 D. h. t. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 323—325. Göppert in der Schrift über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 32 fg. 42 fg. 77 fg. bringt auch dieß in Verbindung mit den Auffassungen der stoischen Philosophie.

[4] L. 23 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae bracchium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem: dominum eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt". §. 5 eod. „Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea,

aber wird das frühere Rechtsverhältniß wieder hergestellt, und zwar kann hier die Auflösung der Verbindung verlangt werden[4a]. Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses findet auch hier dann nicht statt, wenn der Eigenthümer selbst, in der Absicht auf sein Eigenthum zu verzichten, die Verbindung vorgenommen hat[5].

Zu dem Gesagten sind folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sache, und welche, die Hauptsache sei, ist darauf zu sehen, ob eine, und welche, dem Ganzen Namen und Wesen gibt, ob eine, und welche, nur um der andern willen vorhanden ist[6].

---

quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest . .". L. 26 pr. l. 27 pr. D. h. t. 41. 1. Es wiederholt sich hier die in §. 188 Note 10. 11 bezeichnete doppelte Art der Betrachtung. In §. 2 cit. heißt es: „dominum eius totius rei fieri", in §. 4 eod. wird die verbundene Sache geradezu „res mea" genannt; in §. 5 cit. dagegen wird der Eigenthümer der verbundenen Sache auch nach der Verbindung noch als Eigenthümer bezeichnet. Was §. 188 Note 12 über die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller gesagt worden ist, gilt auch für diesen Fall. Baron a. a. O. will das Gewicht des §. 4 cit. dadurch beseitigen, daß er meam*que* in meam*ve* emendirt; Bechmann erklärt ohne diese Emendation die Stelle sachlich in gleicher Weise.

[4a] L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 §. 1. 2 D. ad exh. 10. 4.

[5] Das ist zwar für diesen Fall nicht ausdrücklich gesagt; allein die Analogie des Falles der Verbindung mit einer unbeweglichen Sache (§. 188 Note 9) ist entscheidend.

[6] L. 26 pr. D. h. t. 41. 1. „Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas (ex)specta(re)tur, si qnid additum erit, toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant". L. 29 §. 1 D. de auro 34. 2. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patrisfamilias aestimandum est". L. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1, l. 19 §. 13—16 l. 20 D. de auro 34. 2. Beim Gemälde soll die Malerei die Hauptsache sein, nicht die Tafel, nach Justinians Entscheidung, §. 34 I. h. t. 2. 1, l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1, l. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1. Wie das Gemälde muß auch die Photographie beurtheilt werden; in Betreff der Daguerrotypen a. M. Madai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 212 fg. Die Steinzeichnung stellt dem Gemälde gleich das Urtheil bei Seuff. IX. 127; dagegen XIII. 129. Beim Schiffe ist die Hauptsache der Kiel (l. 61 D. de R. V. 6. 1); doch wird in l. 26 pr. D. h. t. 41. 1 in Betreff des Schiffs der Gesichtspunkt der Verfertigung geltend gemacht. Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 16 fg. 354 fg. Aushülfsweise kann

b) Werden Sachen so mit einander vermischt, daß ihre Trennung, obgleich an und für sich möglich, doch factisch unausführbar ist, so ändert sich zwar an und für sich an den Eigenthumsverhältnissen nichts, für die praktische Ausführung aber tritt an die Stelle des Eigenthums an den nicht mehr auffindbaren Sachen Miteigenthum an sämmtlichen zu einem nach der Zahl und dem Werth der nicht mehr auffindbaren zu bestimmenden Antheil[7]. — Besonderes gilt für den Fall, wo Jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Durch diese Vermischung wird er Eigenthümer der vermischten fremden Geldstücke[8].

c) Es kann in der Verbindung Verfertigung einer neuen Sache liegen; dann entscheidet der Gesichtspunkt der Verfertigung[9].

d) Ist die Verbindung mit dem Willen der beiderseitigen Eigenthümer geschehen, so wird das Ganze in Folge ihres Willens gemeinschaftlich[10].

## §. 189a.

Aus dem in den beiden vorhergehenden §§. Gesagten ergibt sich, daß die Verbindung nur in einem uneigentlichen Sinn eine Eigenthumserwerbart genannt werden kann. Sie ist es blos für

---

auch Umfang und Werth der verbundenen Sachen in Betracht kommen, l. 27 §. 2 D. h. t. 41. 1. Vgl. Bechmann S. 63, Bremer S. 40.

[7] So beim Zusammenschütten zweier Haufen Getreide, §. 28 I. h. t. 2. 1. Vgl. Bechmann S. 28 fg., Bremer S. 27 fg., welcher Letzterer Eigenthum an der Quantität als solcher annimmt. Dagegen auch Göppert über einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 100.

[8] L. 78 D. de sol. 46. 3. „Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est". Bechmann S. 31, Goldschmidt Handelsr. I §. 105 Note 8. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868) S. 21 fg. sieht als das Entscheidende nicht die Vermischung, sondern die Besitzerlangung an, mit Vorbehalt jedoch des Gegenbeweises für den Gegner, „daß diese Stücke als solche, die ohne gültigen Uebertragungsact (z. B. durch furtum) an Kläger gelangten, individuell erkennbar sind". S. dagegen Karlowa krit. VJSchr. XI S. 529 fg.

[9] Vgl. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 16 fg. 354 fg., Bremer S. 40.

[10] §. 27. 28 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 8 l. 25 D. h. t. 41. 1, l. 5 pr. D. de R. V. 6. 1.

die äußerliche Betrachtung. Durch die Verbindung wird an den Eigenthumsverhältnissen nur insoweit etwas geändert, als die verbundene Sache (zeitweilig oder für immer) aufhört, diejenige Sache zu sein, welche sie bis dahin war, als sie in einer andern Sache, mit welcher sie verbunden worden ist, aufgeht. Durch die Verbindung wird also nicht neues Eigenthumsrecht begründet, sondern ein einem bestehenden Eigenthumsrecht unterworfenes Object erweitert. Wenn nichtsdestoweniger die Kategorie: Eigenthumserwerb durch Verbindung hier festgehalten worden ist, so ist das geschehen, weil damit eine für den Lehrvortrag wünschenswerthe Anknüpfung an die Vorstellung des Lebens gewonnen wird[1].

§. 190.

Insofern die Verbindung Eigenthumsverlust herbeiführt, beraubt sie doch denjenigen, welchem sie Eigenthum nimmt, nicht ohne Weiteres des Vermögenswerthes der Sache[1]. Im Einzelnen ist hier zu unterscheiden, ob der Verlierende selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er einen Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen von der Verwendung, also, wenn er im guten Glauben war, ein Reten-

§. 189a. [1] Und in gleicher Weise möchte diese Anknüpfung für die Gesetzgebung wünschenswerth sein. — Der im Text bezeichnete Gesichtspunkt ist in neuerer Zeit mit Energie hervorgehoben worden von Bechmann, ebenso von Bremer und Göppert. Doch können diese Schriftsteller nicht leugnen, daß auch in den Quellen die Auffassung des Lebens vertreten ist, vgl. namentlich l. 9 §. 20 de damno inf. 39. 2, l. 7 §. 13 D. de A. R. D. 41. 1, l. 23 §. 3. 4 D. de R. V. 6. 1), obgleich sich Bechmann bemüht, diese Instanz abzuschwächen. — Man bemerke übrigens auch, daß Verbindung oder Geschehenlassen der Verbindung ein hinreichender Ausdruck des Eigenthumsübertragungswillens sein kann, §. 188 Note 21, §. 189 Note 10. In diesem Fall allerdings die Verbindung Eigenthumserwerbsthatsache, wenn auch nicht die Verbindung als solche.

§. 190. [1] Gewöhnlich nimmt man den Fall der Antreibung aus, indem man sich darauf beruft, daß hier die Verbindung durch Naturgewalt erfolge (Wächter Note 39—42, Schmid Note 12—18), oder darauf, daß der Verlierende den Verlust durch zeitige Rückforderung hätte abwenden können (Arndts §. 152 Anm. 4 a. E.). Weder der eine noch der andere Grund erscheint mir durchgreifend; vgl. was den ersten angeht l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt". Voigt condictiones ob causam S. 749 bezieht diese Stelle direct auf die Accession.

tionsrecht, bis ihm ersetzt worden ist, worum die von ihm abgeforderte Sache durch die Verbindung für den Eigenthümer werthvoller geworden ist[2], während ihm ein Klagerecht in den Quellen ausdrücklich abgesprochen wird[3]. Im zweiten Fall hat er einen auch durch Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Eigenthümer auf Herausgabe des Werthes der verlorenen Sache[4]. Ueber den besonderen Entschädigungsanspruch bei eingebautem Baumaterial ist bereits oben gehandelt worden[5].

## V. Verlust des Eigenthums*.

### §. 191.

Verloren wird das Eigenthum: dadurch, daß ein Anderer es erwirbt; durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache äußerlich hervortreten muß (Dereliction)[1];

---

[2] L. 23 §. 4 D. de R. V. 6. 1. „In omnibus . . istis, in quibus mea res per praevalentiam alianam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare". §. 30. 32. 33 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 5. 11. 16 C. de R. V. 3. 32, l. 37. 38 D. eod. 6. 1.

[3] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de. exc. doli 44. 4, l. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3. Vgl. II §. 422 Note 7.

[4] L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1: „ . . in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est". In anderen Stellen wird eine utilis rei vindicatio gegeben, welche hier lediglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruches ist, so daß sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann (Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 120 fg.), so in l. 5 §. 3 de R. V. 6. 1 bei der Einpflanzung, in §. 34. I. h. t. 2. 1 und l. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1 (Gai. II. 78) beim Malen (Ihering a. a. O. S. 138—141. 160. 165. 171—172, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 350—351, Bechmann S. 73 fg.). Für den Fall des Einwebens gibt §. 26 I. h. t. 2. 1 eine condictio auf die Bereicherung. „ . . Nam exstinctae res, licet vindicari non possunt, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt". D. h. eben: soweit die Bereicherung reicht. Vgl. II §. 424 Note 1.

[5] Die besonderen Gründe, auf denen ein Entschädigungsanspruch beruhen kann, wie z. B. Vertrag und Delict, bleiben natürlich auch hier (vgl. §. 187 Note 6) außer Ansatz. Condictio indebiti: Seuff. Arch. XXVII. 34.

* Gesterding S. 400—402, Schmid I §. 19, Pagenstecher II S. 356 fg., Böcking II §. 155 fg.

[1] §. 47 I. de R. D. 2. 1, l. 17 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 3 §. 1 D. pro derel. 41. 7. Vgl. l. 2 §. 1 eod.

durch Untergang der Sache, oder dadurch, daß sie in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist; endlich das Eigenthum an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen[2].

## VI. Der Eigenthumsanspruch*.

### Einleitung.

### §. 192.

Der dem Eigenthumsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß sich Niemand mit dem Eigenthumswillen (der im Eigenthumsrecht anerkannten Willensordnung), in thatsächlichen Widerspruch setze. Geschieht dieß dennoch, so verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugefügten Verletzung bez. ihrer Folgen (§. 122). Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so wird der Eigenthumsanspruch zur Eigenthumsklage (§. 122). Von dem Eigenthumsanspruch in seiner Gestaltung durch die Verletzung des Eigenthums bez. von der Eigenthumsklage ist hier näher zu handeln.

Der Eigenthumsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt je nach der Verschiedenheit der dem Eigenthum zugefügten Verletzung. Diese Verletzung kann eine totale oder eine bloß partielle sein. Die erste besteht darin, daß dem Eigenthümer seine Sache ganz vorenthalten wird; die zweite besteht darin, daß ohne Vorenthaltung der Sache in das Eigenthumsrecht eingegriffen wird. Welches aber auch der Inhalt des Eigenthumsanspruchs sein möge, derselbe fordert immer, was er fordert, auf Grund des Eigenthums; deßwegen ist er ein dinglicher, kein persönlicher[1].

### A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache*.

### 1. Gegenstand.

### §. 193.

Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache

---

[2] S. §. 165 Note 5.

* Dig. 6. 1 Cod. 3. 32 de rei vindicatione.

§. 192. [1] Die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache heißt römisch

ist zuvörderst gerichtet auf Herausgabe der Sache. Wird die Herausgabe auch von dem verurtheilten Besitzer verweigert, so hat der Eigenthümer die Wahl[1] zwischen directer Erzwingung[2] und Eintreibung seines, durch seinen Eid zu bestimmenden, Interesse[3]. Verlangt der Besitzer eine Frist für die Herausgabe, so ist ihm dieselbe gegen gehörige Sicherheit nach billigem Ermessen des Richters zu gewähren[4]. Was den Ort der Herausgabe angeht, so ist der Besitzer an und für sich nicht verpflichtet, die Sache an einem andern Ort herauszugeben, als wo sie sich befindet; doch kann der Eigenthümer auf Herausgabe am Ort des Processes dringen: a) wenn er Gefahr und Kosten tragen will; b) wenn der Besitzer unredlicher Besitzer war, und die Sache von dem Ort des Processes nach Erhebung desselben entfernt hat[5].

Ist der Berechtigte nur Miteigenthümer, so geht sein Anspruch nur auf Einräumung des Mitbesitzes. In diesem Falle ist aber der Besitzer berechtigt, abgesehen von besonderen

---

rei vindicatio, die Eigenthumsklage wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa. Eine vindicatio ist übrigens die letztere auch; nur keine *rei* vindicatio. Das Ziel der Eigenthumsklagen wird in den Quellen im Allgemeinen als ein restituere bezeichnet.

[*] Kritz Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechts. 1. Band. Ueber die Vindication und die Publicianische Klage (1831). Wetzell der römische Vindicationsproceß (1845). Gesterding S. 309—381, Schmid I §. 15, Pagenstecher III S. 5—182. Glück VIII S. 26 fg., Sintenis I S. 517—525.

[1] Schmid S. 295, Wetzell System des Civilproc. §. 50 Nr. II. §. 193.

[2] So nach heutigem und schon nach neuerem römischen Rechte, während im älteren römischen Recht der hartnäckige Besitzer nur auf Geld condemnirt und exequirt werden konnte. Das neuere römische Recht steht bereits in l. 68 D. de R. V. 6. 1, wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, ob nicht kraft einer Interpolation. Vgl. Wetzell Vindicationsproceß S. 126 und System des Civilproc. §. 50 Note 80, Rudorff röm. RGesch. II §. 92 Note 14, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 115 a. E.

[3] S. §. 133 Num. 2. b; l. 2 §. 1 D. de in lit. iur. 12. 3. Durch die Leistung des Interesse geht das Eigenthum auf den Besitzer über (§. 172 Note 22), als wenn die Sache verkauft worden wäre, l. 46. 47 D. h. t., l. 35 §. 2 eod., l. 7 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22 pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3 D. pro emt. 41. 4. Literaturangaben in Note 12.

[4] §. 2 I. de off. ind. 4. 17.

[5] L. 10—12 D. h. t., vgl. l. 11 §. 1 D. ad. exh. 10. 4, auch II §. 282 Note 5.

Umständen, die Angabe der Quote zu verlangen, zu welcher der Gegner das Miteigenthum in Anspruch nimmt[6].

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache verwandelt sich in einem Anspruch auf Leistung des Interesse[7], wenn dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich wird, ohne daß er dadurch von dem Eigenthumsanspruch befreit wird. Dieß ist der Fall: a) beim unredlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vor Erhebung des Processes durch seinen Willen[8], oder nach Erhebung des Processes irgendwie eintritt[9]; b) beim redlichen

---

[6] L. 6. 8 l. 35 §. 3 D. h. t., l. 76 §. 1 eod. Vgl. Seuff. Arch. XXI. 14.

[7] S. §. 101 Note 14, II §. 257 Note 6.

[8] L. 27 §. 3 D. h. t. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione . .“. L. 131 D. de R. I. 50. 17. „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est“. L. 157 §. 1 D. eod. „Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet“. Neuere sprechen hier von einer Verhaftung wegen ficta possessio. Die Verhaftung desjenigen, qui dolo desiit possidere, wird in l. 27. §. 3 D. cit. auf die entsprechende von dem SC. Iuventianum für die hereditatis petitio getroffene Bestimmung (l. 20 §. 6 l. 25 §. 2 sqq. D. de H. P. 5. 3) zurückgeführt, ist aber wahrscheinlich älter. Vgl. III §. 612 Note 11 und Wetzell Vindicationsproc. S. 133, Demelius Exhibitionspflicht S. 185 fg. Ein dolo desinere possidere liegt nicht bloß dann vor, wenn der unredliche Besitzer sich des Besitzes in der Absicht entäußert, um sich dadurch dem Eigenthumsanspruch zu entziehen (Wetzell a. a. O.), sondern überhaupt, wenn er sich des Besitzes mit seinem Willen entäußert, wenn er „facit quominus possideat“ (l. 20 §. 6 cit.), durch Weggeben oder Vernichtung der Sache; er soll nicht über die Sache verfügen, da er weiß, daß sie nicht die seinige ist. Wächter Erörterungen III S. 128. 129, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 192. 193, Francke Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis Petitione S. 147. 269. Seuff. Arch. XV. 202. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 97. Vgl. auch l. 9 pr. D. ad exh. 10. 4. Der Anspruch ist ein reiner Delictsanspruch in der Form des Eigenthumsanspruchs; daher bestimmt sich auch die Verhaftung des Erben nach den Grundsätzen von den Delictsansprüchen, l. 52 D. h. t.

[9] Der unredliche Besitzer soll keinen Proceß über die Sache führen; er soll sie dem Kläger ohne Proceß herausgeben. Führt er den Proceß dennoch, so ist er verpflichtet, dem Kläger den ihm dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Deßwegen wird er selbst dadurch nicht frei, daß er die Sache in einer Weise verliert, aus der ihm an und für sich ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, wenn er nicht beweisen kann, daß auch bei sofortiger Herausgabe der Kläger jetzt weder die Sache noch ihren Werth haben würde. Das Nähere

Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Processes durch seine Schuld eintritt[10]. Gegenüber dem unredlichen Besitzer, welcher sich willentlich in die Unmöglichkeit der Herausgabe versetzt hat, darf der Berechtigte sein Interesse durch seinen Eid bestimmen[11]. In diesem Fall ist auch die Leistung des Interesse nicht Abfindung für den Eigenthümer, in den übrigen allerdings[12].

Befindet sich der Besitzer in der Unmöglichkeit, die Sache in unversehrtem Zustand herauszugeben, so tritt zu dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch auf Leistung des Interesse hinzu, nach den gleichen Grundsätzen wie bei Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache selbst, nur mit dem Unterschied, daß hier der unredliche Besitzer auch vor Beginn des Processes wegen Nachlässigkeit haftet[13].

---

mit den Beweisstellen s. oben §. 124 Note 4. 9 und unten II §. 280 Num. 2; außer den daselbst citirten Schriftstellern vgl. noch Wetzell S. 174 fg., Schmid §. 15 Note 103.

[10] Nach den Grundsätzen von der durch den Proceß begründeten Verantwortlichkeit auch des redlichen Besitzers. S. §. 124 Note 5. 8, woselbst auch die Beweisstellen. Vgl. Bl. f. RAnwend. in Bayern XXXVIII S. 141, (Seuff. Arch. XXVIII. 10).

[11] L. 68 D. h. t. Vgl. §. 133 Num. 2. b.

[12] Der Beklagte kann in diesen Fällen, wie wenn er die Sache gekauft hätte, von dem Kläger Abtretung seines Eigenthumsanspruchs, wie seiner sonstigen Ansprüche, verlangen (II §. 337), hat aber den Eigenthumsanspruch auch ohne Abtretung (II §. 337 Note 2), und wird dadurch, daß er den Besitz der Sache erlangt, Eigenthümer derselben — vorausgesetzt daß auch jetzt noch der Kläger den Besitz- und Eigenthumsübertragungswillen hat, weßwegen derselbe auf Begehren des Beklagten Caution stellen muß. L. 21. 63. 69. 70 D. h. t., l. 46. 47 eod., l. 7 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 22 pr. D. rer. amot. 25. 2, l. 1. 3 D. pro emt. 41. 4. Anders in dem erstgenannten Falle, l. 69. 70 vgl. l. 7 D. h. t., l. 13 §. 14 D. de H. P. 5. 3, l. 95 §. 9 D. de solut. 46. 3. Literatur: Wetzell S. 223 fg., A. Schmid die Grundlehren der Cession I §. 25, Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 1. b.

[13] L. 13—15 pr. l. 45 D. h. t. (über diese letztere Stelle Wetzell S. 206 fg., Savigny VI §. 272. g), l. 5 C. h. t., vgl. l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3. — Die Behauptung, daß der unredliche Besitzer auch wegen des Besitzverlustes hafte, welcher vor Beginn des Processes durch seine Nachlässigkeit eintrete (Glück VIII S. 208. 209, Sintenis I §. 42 Anm. 38, Wächter Erörter. III S. 180 Note 90, Savigny VI S. 167, Vangerow I §. 332 Anm. 2

## §. 194.

Der Eigenthumsanspruch ist nicht bloß auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gezogenen Früchte und des sonstigen Zuwachses[1]. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache, jedoch auch hier mit dem Unterschied, daß der unredliche Besitzer wegen Nachlässigkeit auch vor Beginn des Processes haftet[2]. Wegen versäumten Gewinns haftet der redliche Besitzer erst nach Beginn des Processes[3], der unredliche Besitzer auch vorher[4], vorher jedoch nur wegen des Gewinns, welchen er selbst[5],

---

Nr. III. 1. b a. E.), läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen; dieselben verlangen, abgesehen von den Fällen der ficta possessio, Besitz zur Zeit des Proceßbeginnes. L. 25 §. 2 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3 handeln von der Verschlechterung der Erbschaft, nicht von dem Verluste des Besitzes derselben; ebensowenig handelt l. 45 D. h. t. von dem Verlust des Besitzes der vindicirten Sache („si homo sit, qui post conventionem restituitur"). Vgl. Wetzell S. 206 fg. — Noch weiter geht Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 184 fg.; derselbe behauptet, der unredliche Besitzer hafte selbst für casus; denn das SC. Iuventianum habe bestimmt, der unredliche Besitzer solle fortan bloß auf Grund seines unredlichen Besitzes so haften, wie früher nur nach dem Proceßbeginne. Das soll bewiesen werden durch l. 25 §. 7 und l. 20 §. 11 D. de H. P. 5. 3! — Nur derjenige unredliche Besitzer, welcher es durch Entwendung oder gewalsame Entsetzung geworden ist, haftet allerdings auch wegen Zufalls, auf Grund seines Delicts. S. II §. 453.

§. 194. [1] §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 22 C. h. t., l. 17 §. 1 l. 20. 34. 62 pr. l. 64 D. h. t., l. 5 C. h. t. Auch das fällt unter den Begriff des restituere, l. 22. 23 l. 246 §. 1 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 35. 75 D. eod. und §. 124 Note 2 u. 6. In Betreff der juristischen Früchte vgl. noch Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV S. 132 fg.; Seuff. Arch. XIV. 11.

[2] Nach den für die Verschlechterung der Hauptsache geltenden Regeln; der Anspruch auf Herausgabe des Zuwachses ist nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptsache, und dieser durch den fortbauernden Besitz der Hauptsache begründet. S. §. 124 Note 6. Vgl. übrigens auch Wetzell S. 163—168.

[3] S. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen. Vorher „quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est" (l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3).

[4] Gegen die gegentheilige Ansicht (Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 1, Wetzell S. 168 fg.) s. Schmid I §. 15 Note 110 und Vangerow I §. 333 Anm. Nr. II. 1. a, und die das. Citirten.

nachher auch wegen desjenigen, welchen der Eigenthümer hätte ziehen können[6]

## 2. Gegenansprüche*.

§. 195.

Seinerseits hat der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen[1], und braucht die Sache nicht eher herauszugeben, bis er für dieselben befriedigt ist[1a]. Dafür gelten näher folgende Grundsätze. Für nothwendige Verwendungen[2] kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der unredliche, nur nicht der Dieb[3]. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wegzunehmen[4]. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch[5] auch für die bloß

---

[5] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Vernachlässigung der Sache; es muß dem Eigenthümer leisten, was derselbe bei Nichtvernachlässigung der Sache gehabt haben würde.

[6] Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Nichtherausgabe der Sache an den Kläger; er muß leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache ohne Proceß herausgegeben worden wäre. Vgl. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen und Schriftsteller, auch Wetzell S. 251 fg. — Göppert die organischen Erzeugnisse S. 133 fg. glaubt, daß die Verhaftung des unredlichen Besitzers für nicht gezogene Früchte erst dem späteren (Theodosischen) Rechte angehöre. Dagegen l. 62 pr. D. h. t., l. 5 C. h. t. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 507 fg.

* W. Sell in Sell's Jahrb. III 8. 9 (1844). Leist civ. Studien II S. 11—60 (1855). Vgl. auch Dernburg Compensation S. 346 fg. (2. Ausg. S. 340 fg.).

[1] Nicht etwa auch auf Ersatz des für den Erwerb der Sache Aufgewendeten — abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen. L. 3. 23 C. h. t. §. 195.

[1a] Inwiefern er auch ein Klagerecht habe, darüber s. II §. 422 Note 7. §. 431 Note 17. 18.

[2] Impensae necessariae — solche, die zur Erhaltung der Sache nothwendig sind. L. 1 §. 1. 3 l. 2—4 l. 14 pr. D. de impensis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 15. Vgl. Leist S. 23—25.

[3] L. 5 C. l. 65 pr. D. h. t., l. 1 C. de inf. expos. 8. 52.

[4] §. 30. 32. 33. I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 5 C. eod., l. 37 D. eod. Seuff. Arch. XIX. 124.

[5] §. 30. 32. 33 I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. de A.

nützlichen Verwendungen[6], d. h. diejenigen, welche dem Eigenthümer nützlich sind[7], jedoch nur bis zum Belange des dadurch erzielten Mehrwerthes[8], und so, daß er sich den Werth der Früchte, welche er behält, anrechnen lassen muß[9]. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne sind[10], hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme[11]. Für das Recht der Wegnahme, mag es von dem

---

R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 38 D. h. t.; nach der letzten Stelle bestimmt sich der Sinn der l. 27 §. 5 eod. S. Note 11.

[6] Impensae utiles — solche, welche den Nutzen der Sache erhöhen. L. 5 §. 3 l. 6 l. 14 §. 1 D. de imp. 25. 1, l. 79 §. 1 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 16. Vgl. Leist S. 28—30.

[7] L. 38 D. h. t. „In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam, ut fundum recipiat . . Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti, tollere ex his rebus quae possis . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es". Uebereinstimmend l. 25 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 D. de impens. 25. 1. Umgekehrt ist eine an und für sich nicht nützliche Verwendung als nützlich zu betrachten, wenn der Eigenthümer die Sache feil hat, l. 29 D. h. t., l. 10 D. de impens. 25. 1. Vgl. auch II §. 430 Note 17.

[8] L. 38 cit.: „ . . . usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est".

[9] L. 48 D. h. t. In gleicher Weise werden diese Früchte gegen die Zinsen des für nothwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes aufgerechnet, l. 65 pr. D. h. t. Den Beweis des Mehrbetrages seiner Verwendungen legt ihm — gewiß mit Unrecht — das Urtheil bei Seuff. XI. 211 auf.

[10] Die Quellen bezeichnen sie als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, impensae voluptuariae oder voluptuosae — l. 7 pr. l. 14 §. 2 D. de imp. 25. 1, l. 79 §. 2 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 17; Leist S. 30. — Dieser Schriftsteller will übrigens (S. 30—34) unter impensae voluptuariae solche verstanden wissen, welche lediglich auf dem individuellen Willen, dem individuellen Behagen (voluptas), des Verwendenden beruhen. Da aber auch die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf dem Willen des Verwendenden beruhen, so kommt diese Begriffsbestimmungen darauf hinaus, daß impensae voluptuariae solche Verwendungen seien, welche nicht nothwendig und nützlich sind (vgl. S. 31 ob.).

[11] L. 27 §. 5 D. l. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1. Abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen des Eigenthümers, z. B. wenn die Verwendung mit seinem Willen gemacht worden ist.

redlichen oder dem unredlichen Besitzer geübt werden, gilt näher Folgendes. Es darf durch die Wegnahme die Sache nicht schlechter werden, als sie vor der Verwendung war, und die Wegnahme darf nicht zur Chicane geschehen, d. h. das Recht zu derselben fällt weg, wenn sie entweder dem Besitzer keinen Vortheilt gewährt, oder der Eigenthümer den Besitzer für die Vortheile, welche sie ihm wirklich gewährt, in Geld zu entschädigen bereit ist[12].

Unter besonderen Grundsätzen stehen die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen. Diese werden von dem Betrage der herauszugebenden Früchte abgezogen; wirkliche Frucht ist nur, was nach Abzug des auf ihre Gewinnung Verwendeten übrig bleibt[13].

### 3. Voraussetzungen.

### §. 196.

Die Voraussetzung des Eigenthumsanspruchs sind im Allgemeinen bereits bezeichnet worden: sie sind in der Person des Berechtigten Eigenthum, in der Person des Verpflichteten Vorenthaltung der Sache[1]. Näher ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Zum Beweise des Eigenthums, welcher dem Berechtigten im Bestreitungsfall obliegt[2], gehört auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsvorgängers[3]. Behauptet der Beklagte Mit-

---

[12] L. 37. 38 D. h. t., l. 9 D. de imp. 25. 1. Seuff. Arch. XIX. 124.

[13] Nur der Netto- nicht der Bruttoertrag. L. 3 §. 1 l. 16 D. de imp. 25. 1, l. 46 D. de usur. 22. 1, l. 1 C. de fruct. 7. 51.

[1] Das ältere deutsche Recht verlangte bei beweglichen Sachen außerdem noch unfreiwilligen Verlust des Besitzes („Hand muß Hand wahren"). Dieser Satz gilt aber heutzutage nur noch particularrechtlich. Gerber deutsch Privatr. §. 102, Beseler deutsch. Privatr. §. 86. Ueber die Gestaltung welche er im HGB. in Betreff der von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußerten Sachen gewonnen hat, s. §. 165 Note 7 und den das. citirten Aufsatz von Goldschmidt, so wie dessen Handelsrecht I S. 811 fg. Ueber die Vindication von Papieren auf den Inhaber s. daselbst, und Kuntze Inhaberpapiere S. 649 fg., Thöl Handelsrecht I §. 55, Beseler deutsch. Privatr. §. 87 Nr. IV. § 196.

[2] L. 9. 80 D. h. t.

eigenthum, so leugnet er damit, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, und nöthigt denselben dadurch zum Beweise[4].

2. Die Vorenthaltung der Sache besteht in dem Besitze der Sache gegen den Willen des Eigenthümers. Dieser Besitz braucht kein juristischer Besitz zu sein; es kann auch ein Besitz im Namen eines Andern sein[5]. Jedoch kann derjenige, welcher eine unbewegliche Sache im Namen eines Andern besitzt, den Eigenthumsanspruch durch Hinweisung auf die Person des juristischen Be-

---

[3] L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Wenn der Rechtsvorgänger ebenfalls durch abgeleiteten Erwerb Eigenthümer geworden ist, so ist auch Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erforderlich u. s. w. Bei der Schwierigkeit dieses Beweises (probatio diabolica!) hat man dem Eigenthumskläger, welcher den rechtmäßigen Erwerb bewiesen habe, den Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erlassen wollen (so zuerst Thibaut Arch. f. civ. Pr. VI. 15 [1823], dessen Idee dann von Andern aufgenommen worden ist, zuletzt von Brinz S. 246 und Pagenstecher S. 143 fg.; nähere Literaturangaben bei Schmid §. 15 Note 145, Vangerow I §. 332 Anm. 1), aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben. Aber freilich hat der Kläger, welcher Eigenthum behauptet hat, unter Umständen mehr behauptet, als zu seinem Siege erforderlich ist (Publiciana actio); darf sich der Richter nicht auch mit dem Beweise des Geringeren (des rechtmäßigen Erwerbes) begnügen? Das ist eine processualische Frage; vgl. darüber Sintenis I §. 53 Note 16.

[4] Arndts Rhein. Museum III. 12 (S. 215 fg.)

[5] L. 9 D. h. t. Uebrigens ist der Satz, daß auch der Besitzer in fremdem Namen dem Eigenthumsanspruch hafte, kein unbestrittener. Vgl. Schmid §. 15 Note 33, und aus der neueren Zeit Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII S. 427 fg. und Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 104. — Geht der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer in fremdem Namen, so geht er auch gegen denjenigen, welcher im Namen gerade des Eigenthümers besitzt, und trotz der Verweigerung der Herausgabe in dessen Namen zu besitzen fortfährt, wenn er z. B. die Herausgabe der Sache nur zur Zeit verweigert, oder bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs (vgl. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2). Da nun in diesem Falle der juristische Besitzer der Sache der Eigenthümer selbst ist, so ergibt sich, daß der Eigenthumsanspruch auch mit Besitz des Eigenthümers verträglich ist. Dieß ist die älteste Erklärung des „berüchtigten" unus casus des §. 2 I. de act. 4. 6, welche in der neueren Zeit namentlich von Fritz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 2 (1845) und XVIII. 21, XIX. 3 (1861) vertheidigt worden ist. Es sind aber sehr verschiedene Meinungen über diesen unus casus aufgestellt worden; s. Fritz a. a. O. und Vange-

sitzers von sich abwenden[6]. Leugnet der Besitzer den Besitz fälschlich ab, so wird auf geführten Beweis der Besitz ihm genommen und auf den Kläger übertragen[7].

3. Der Eigenthumsanspruch erfordert zu seiner Entstehung Besitz des Gegners nicht nothwendig. Derjenige, welcher sich, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, auf den Eigenthumsstreit einläßt, wird verurtheilt, als wenn er besäße[8]. Ebensowenig setzt die Fortdauer des Eigenthumsanspruchs nothwendig Fortdauer des Besitzes voraus: hierüber ist das Nähere bereits in §. 193 gesagt worden.

## 4. Einreden.

### §. 197.

Unter den Einreden, welche dem Eigenthumsanspruch ent-

---

row I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 3, auch Jhering Geist des röm. R. III S. 67 Note 53.

[6] S. g. laudatio oder nominatio auctoris. Dieselbe beruht auf l. 2 C. ubi in rem 3. 10 (wiederholt in c. 5 §. 7 X. ut lite non cont. 2. 6). Will dann der juristische Besitzer den Proceß nicht übernehmen, so wird der Besitz der Sache dem Kläger überantwortet, und es jenem überlassen, seine Ansprüche nun seinerseits klageweise geltend zu machen. Neuere Literatur: Briegleb summarische Processe §. 64 (1859), Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 20 (1861), Wieding der Justinianische Libellproceß S. 628 fg. (1865), Emminghaus Arch. f. prakt. RW. N. F. V S. 124 fg. (1868), Bolgiano ges. Abhandlungen aus dem Gebiete des gem. deutsch. Civilprocesses Nr. I (1869, dazu Schütze krit. VJSchr. XI S. 572 fg., Wetzell Civilproc. §. 7 Nr. 3. Vangerow I §. 332 Anm. 3. Kierulff Entscheid. des OAG. zu Lübeck 1867 S. 1020 fg. Die meisten Schriftsteller dehnen die Verordnung auf bewegliche Sachen aus.

[7] L. 80 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 28 fg. Seuff. Arch. XIII. 209.

[8] Der zweite Fall der s. g. ficta possessio (§. 193 Note 8). L. 25—27 pr. D. h. t.; vgl. l. 13 §. 13 l. 45 D. de H. P. 5. 3. Der Anspruch ist, wie der Anspruch gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, eigentlich ein Strafanspruch; er geht wie dieser auf das volle Interesse, und seine Befriedigung enthält ebensowenig, wie die Befriedigung des genannten Anspruchs, eine Abfindung des Eigenthümers (l. 7 D. h. t.). Vgl. Wetzell Vindicationsproceß §. 28, Vangerow I §. 332 Anm. 3 Nr. III. 1. a, Schmid S. 280 fg., Francke Commentar zum Pandektentitel de Hereditatis petitione S. 174 fg.

gegenstehen können, sind hier hervorzuheben: 1) die Einrede der Verwendung (§. 195); 2) die Einrede, daß dem Besitzer ein dingliches Recht an der Sache zustehe, kraft dessen er dieselbe rückbehalten dürfe[1]; 3) die Einrede, daß, wenngleich dem Besitzer kein dingliches Recht an der Sache zustehe, der Eigenthümer dennoch verpflichtet sei, dem Besitzer die Sache zu lassen. Was diese letztere Einrede angeht, so ist noch besonders hervorzuheben der Fall, wo die Verpflichtung ihren Grund darin hat, daß der Eigenthümer

---

§. 197. [1] Z. B. Nießbrauch, Pfandrecht. Nach Justinians Vorschrift in Nov. 18 c. 10 soll es dem Besitzer nicht mehr erlaubt sein, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches Recht zu berufen, wenn er vorher dessen Eigenthum bestritten, und denselben dadurch zum Beweise genöthigt habe; er soll vielmehr die Sache herausgeben, und sein behauptetes Recht in einem besonderen Processe als Kläger durchführen müssen. (Die Stelle sagt nicht bloß dieß; aber jedenfalls sagt sie dieß auch. Vgl. §. 235 Note 26.) Diese Vorschrift ist in der Sprache des damaligen Proceßrechts ausgedrückt, nach welchem die peremtorischen Einreden erst nach dem Beweise des Klägers zur Verhandlung kamen (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. I S. 263. röm. Civilproz. III S. 267 fg.); nach heutigem Proceßrecht, welches Vorbringung aller Einreden sogleich mit der Streiteinlassung und gleichzeitige Verhandlung derselben vorschreibt, nimmt sie den einfachen Ausdruck an, daß der Beklagte sich nicht in demselben Processe auf ein Recht berufen dürfe, das seinen Ursprung in einem andern Rechte habe, welches er selbst bestreite. Auffallender Weise wird aber Justinians Vorschrift gegen ihren klaren Wortsinn, („ — postea vero is, qui semper abnegaverat, illius hoc non fuisse, uti voluerit illius iure, et dicere, quia ex hypotheca aut aliis causis in illam personam relatis propinquior est“, — „si qua iura habeat ex illa persona de qua prius negationem passus est“, — „neque res ex quibus detinent abnegent personis“) von den meisten Schriftstellern nicht von einem vom Kläger hergeleiteten, sondern von einem irgendwelchen dinglichen Recht verstanden, und der Grund derselben nicht in dem Widerspruch, in welchen der Beklagte sich durch eine Behauptung der bezeichneten Art mit sich selbst setzt, sondern eben darin gefunden, daß die Behauptung des dinglichen Rechts erst nachträglich gemacht worden sei, woraus dann geschlossen wird, daß die Vorschrift bei uns gar keine Bedeutung mehr habe. Vgl. Glück VIII S. 225, Thibaut System II §. 710, Puchta §. 168. c, Sintenis I §. 52 Note 16, Sell dingl. Rechte S. 361—363, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 48, Schmid I S. 332. Die richtige Beziehung der Vorschrift findet sich bei Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 369, Keller S. 278, Vangerow I §. 332 Anm. 1 a. E. in der 7. Aufl., Wetzell Civilproc. §. 30 Nr. I. 1; doch sind Gesterding und Vangerow ebenfalls der Meinung, daß die Bestimmung durch die Eventualmaxime des heutigen Processes erledigt sei.

die Sache selbst zu Eigenthum übergeben hat[2], unter Umständen, welche zwar den Uebergang des Eigenthums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen[3]. In diesem Falle geht nämlich die Einrede[4] activ und passiv nicht bloß auf die Gesammtnachfolger über, sondern auch auf die Sondernachfolger[5]. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der Eigenthümer zu einer Zeit die Sache zu Eigenthum übergeben hat, wo er noch nicht Eigenthümer war[6].

---

[2] Gegensatz: er hat die Sache vermiethet, verliehen, oder auch verkauft, verschenkt, aber ohne Besitzübergabe (s. Note 6). Vgl. Seuff. Arch. VI. 149. — Ziebarth die Obligation und die Realexecution S. 40 fg. bestreitet für das röm. Recht, daß der Miether und überhaupt der Besitzer in fremdem Namen sich mit Berufung auf die obligatorische Verpflichtung des Eigenthümers, ihm die Sache zu lassen, habe vertheidigen können, weil der Eigenthümer Realexecution gehabt habe, nicht aber der Miether rc. rc. Aber darf der Eigenthümer gegenüber dem seiner Verpflichtung entsprechenden factischen Zustand die Unvollkommenheit der Zwangsmaßregeln geltend machen, welche seinem unrechtlichen Willen für den Fall entgegenstehen, wo der factische Zustand seiner Verpflichtung nicht entspricht? Für das heutige Recht nimmt auch Ziebarth das Gegentheil an auf Grund des dem Miether rc. wegen der ihm gewährten Realexecution zustehenden „Rechts zur Sache" (§. 43 Note 6), S. 179 fg. Gegen Ziebarth s. auch Degenkolb krit. VJSchr. IX S. 221 fg.

[3] Ist aus der Eigenthumsübergabe nicht einmal eine Verpflichtung dieser Art entstanden, so fällt auch die Einrede weg, vgl. die in §. 172a Note 2 citirten Stellen.

[4] Die Bezeichnung derselben als exceptio rei venditae et traditae (Dig. 21. 3 de exceptione rei venditae et traditae) ist von einem Hauptfalle hergenommen; Kauf ist nicht nothwendig. Die Einrede konnte auch als exceptio doli gefaßt werden, und als solche wird sie in anderen Stellen bezeichnet. Besondere Literatur: Michelsen de exceptione rei venditae et traditae (1824). v. Buchholtz Versuche Nr. 13 (1831). Wiebeking über die exceptio rei venditae et traditae nach älterem und neuerem röm. R. (1847). Glück XX S. 434 fg., Vangerow I §. 334 Anm. Nr. 3.

[5] L. 3 D. h. t., l. 2 eod., l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. l. 72 D. de R. V. 6. 1.

[6] L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2. Diesem Fall steht gleich der Fall, wo dadurch in derselben Person Eigenthum und Eigenthumsübergabe zusammenkommen, daß der Eigenthümer Gesammtnachfolger des Uebergebenden wird, l. 1 §. 1 D. h. t., l. 73 D. de evict. 21. 2, l. 14 C. de R. V. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 45. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Eigenthumsübergabe unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, l. 7 §. 3 D.

Uebrigens ist die letztgenannte Einrede nicht die einzige Einrede, welche auf die Sondernachfolger des Eigenthümers übergeht[7].

## B. Der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs*.

### §. 198.

Unter Eingriff in das Eigenthumsrecht wird hier eine Verletzung des Eigenthumsrechts verstanden, welche nicht in der Entziehung des Besitzes der Sache besteht. Eine solche Verletzung kann positiver Natur sein, indem gegen den Willen des Eigenthümers auf die Sache eingewirkt wird, oder negativer, indem der Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache

---

de I. D. 23. 3. Dagegen darf hierher nicht auch der Fall gestellt werden, wo ohne Besitzübergabe verkauft worden ist. Zwar ist von diesem Falle in unserem Titel die Rede (l. 1 §. 5); aber dasjenige, worin gerade das Charakteristische der exc. rei venditae et traditae besteht, der Uebergang auf die Sondernachfolger fällt hier weg, wie l. 9 §. 4 D. de Publ. 6. 2 beweist, vgl. auch l. 15 C. de R. V. 3. 32, l. 6 C. de H. v. A. V. 4. 39. Ebensowenig aber darf meiner Ansicht nach der Fall hierher gezogen werden, wo der Uebergebende einen Andern für den Eigenthümer hält, so daß sein Wille nur auf die Uebertragung des Eigenthums dieses Andern, welches nicht bestand, nicht aber auf die Uebertragung des ihm selbst zustehenden Eigenthumsrechts gerichtet war (l. 49 D. mand. 17. 1, l. 10 D. de distr. pign. 20. 5). Eben deßwegen, weil sein Wille auf den Uebergang eines nicht bestehenden Eigenthumsrechts gerichtet war, ist er durch seine Eigenthumsübertragungserklärung auch nicht einmal gebunden; er haftet nur aus dem Geschäft, kraft dessen er die Eigenthumsübertragung gemacht hat, also ohne Uebergang der Einrede auf die Sondernachfolger. — Consens zu der Eigenthumsübertragung eines Andern verpflichtet wie eigene Eigenthumsübertragung, . 1 §. 2. 3 D. h. t., l. 7 §. 6 D. pro emt. 41. 4, vgl. l. 49 i. f. D. mand. 17. 1, l. 14 D. de Publ. 6. 2. Ein solcher Consens liegt auch in der Uebernahme einer Bürgschaft für die von einem Andern gemachte Eigenthumsübertragung, l. 11 C. de evict. 8. 45; jedoch soll in diesem Fall die Einrede dem den Bürgen beerbenden Eigenthümer nicht entgegenstehen, l. 31 eod. — Exceptio rei venditae et traditae bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch? Arndts krit. Ueberschau V S. 93—100, Stobbe Jahrb. f. Dogm. XII S. 238. 254, Dernburg Preuß. Privatr. I S. 522. Seuff. Arch. VI. 145.

[7] S. die Citate in §. 172 Note 24. Auch die Einrede der Verwendung gehört hierher.

gehindert wird[1]. Der Anspruch, welcher aus einer Verletzung dieser Art entsteht, ist gerichtet: auf Beseitigung des das Eigenthumsrecht beeinträchtigenden Zustandes, wenn ein solcher durch den Eingriff herbeigeführt worden ist[2], und zwar gegen den Urheber des Eingriffs auf Beseitigung durch ihn und auf eigene Kosten[3], gegen den dritten Besitzer auf Gestattung der Beseitigung durch den Eigenthümer[4]; ferner auf Ersatz des dem Eigenthümer durch die Schuld des Urhebers des Eingriffs erwachsenen Schadens[5]; endlich kann der Verletzte verlangen, daß ihm durch

---

[*] Dig. 7. 6 si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Schmidt (von Ilmenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 6 (1850). H. Pernice commentationes iuris Romani duae, comm. II (1855). H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 12 (1856). Hesse Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn II S. 8 fg. (1861) und Jahrb. f. Dogm. XIII. 4 (1866). Schmid 1 §. 17, Pagenstecher III S. 182—192. Sintenis I S. 520—530, Vangerow I §. 353. — Keine Beachtung verdient die Schrift von K. J. Seitz: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage rc. (Jena 1873). In dieser Schrift wird ausgeführt, daß negatorisch und confessorisch aus jedem Rechte, oder doch fast jedem Rechte, geklagt werden könne, jenes zur Abwehr von Eingriffen in den dem Rechte entsprechenden factischen Zustand, wenn er vorhanden sei, dieses zur Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, wenn er nicht vorhanden sei.

[1] Beispiele: §. 2 I. de act. 4. 6, l. 8 §. 5 l. 9 pr. i. f. l. l. 11. 13. 14 pr. §. 1 l. 17 pr. §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 29 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 D. de arb. caed. 43. 27, l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7, l. 4 §. 7 D. h. t., l. 15 D. de O. N. N. 39. 1. Vgl. Seuff. Arch. X. 18. 169. 259, XXI. 16. 17. 19, XXIII. 210. Bl. f. RAnwend. in Bayern XXXVIII S. 405 fg. §. 198.

[2] L. 14 pr. D. si serv. 8. 5. — „agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas". L. 17 §. 2 eod. S. auch die übrigen in der vorigen Note citirten Stellen.

[3] L. 14 pr. l. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 9 C. de serv. 3. 34. Ihering Jahrb. f. Dogm. VI S. 97 fg. bestreitet dieß, wenn nicht vorher vom Eigenthümer Einspruch erfolgt sei. S. dagegen die citirten Stellen und Hesse das. S. 433, Stölzel operis novi nunciatio S. 90 fg.

[4] Seuff. Arch. XXI. 18. Blätter f. RAnwend. in Bayern XXXV S. 405 fg.

[5] Ungenau ist es, wenn häufig schlechthin gesagt wird, die actio negatoria gehe auf Schadensersatz. Ersatz eines Schadens, auf dessen Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch nicht begründet ist, kann auch mit der actio negatoria, d. h. auf Grund des bloßen Eigenthumsrechts, nicht be-

das richterliche Urtheil Sicherheit gegen Wiederholung der Verletzung verschafft werde[6]. Daß der Gegner sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibe, ist Voraussetzung des Anspruchs nicht[7], obgleich es naheliegend ist, daß der Gegner es thue; thut er es, so wird natürlich im Processe der Eigenthümer dieser Behauptung entgegentreten, und das Urtheil, welches gesprochen wird, wird, wenn es zu Gunsten des Eigenthümers ausfällt, gesprochen werden auf Grund der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe[8]. Ein Urtheil

---

gehrt werden. Von der andern Seite versteht es sich sowohl für das heutige Recht von selbst, daß, wenn ein Schadensersatzanspruch begründet ist, derselbe nicht in einer besonderen Klage geltend gemacht zu werden braucht, als auch bereits nach römischem Recht die Natur der actio negatoria als actio arbitraria eine besondere Anweisung des Judex auf Berücksichtigung des Schadensersatzanspruchs unnöthig machte. Vgl. zu dem Gesagten einerseits L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 29 D. de S. P. U. 8. 2, andererseits l. 4 §. 2 D. si serv. 8. 5 und arg. l. 5 C. de serv. 3. 34. Ihering das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 26. 50—51. Vgl. Seuff. Arch. XIV. 208, XXI. 16. 213. Blätter f. RAnwend. in Bayern XXXV S. 405 fg.

[6] L. 12 D. si serv. 8. 5. „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat". L. 7 eod. Statt der römischen Caution tritt heutzutage nach §. 162 des J. R. A. eine Strafdrohung im Urtheil ein. Wetzell Civilproc. §. 46, Note 43. 44.

[7] Dieß wird heutzutage allgemein anerkannt. Vgl. Witte a. a. O. S. 409, Schütze Jahrb. d. gem. R. VI S. 78. Seuff. Arch. VIII. 94, X. 18, XVI. 11, XXI. 210, vgl. IX. 267, übrigens auch XXI. 17.

[8] In diesem Sinne nennen die Quellen die Klage des Eigenthümers wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa, und bezeichnen sie geradezu als Servitutenklage. L. 2 pr. l. 4 §. 7 D. si serv. 8. 5, §. 2 I. de act. 4. 6. L. 2 cit. „De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat". S. auch die in Note * citirten Titelrubriken. — Man hat auf Grund dieser Stellen behauptet (Fritz Erläuterungen I S. 365—367, Schmidt a. a. O. S. 170—175, Brinz S. 236. 237, Hesse a. a. O., Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II S. 255, Eck doppelseitige Klagen S. 22), daß nur ein solches Verhalten die actio negatoria begründe, welches den Inhalt einer Servitut (Hesse fügt hinzu: oder ein servituähnliches Verhältniß) zu bilden im Stande sei. Dagegen Schmid S. 370. 371, Vangerow I S. 768. 769 (7. Aufl.). Eine mittlere Meinung (Witte S. 409 fg.) verlangt einen Eingriff, welcher

des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht zum Eingriff nicht zustehe, kann aber auch begehrt werden, ohne daß ein Eingriff bereits erfolgt ist[9]; so wie andererseits möglicherweise auch dem Besitzer der Sache gegenüber, wenn nämlich derselbe sich für seinen Besitz nicht auf Eigenthumsrecht, sondern auf ein sonstiges Recht beruft, darauf geklagt werden kann, daß ihm dieses Recht nicht zustehe[10]. In dem ersten Falle ist das Urtheil außer der Entscheidung, daß dem Beklagten das von ihm in Anspruch genommene Recht nicht zustehe, keines andern Inhaltes fähig, als etwa der Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen Beunruhigung des Eigenthümers, während in dem zweiten Fall der fernere

---

möglicherweise auf irgend einem Rechte, dinglichem oder persönlichem, beruhen kann. Man bemerke über diese Frage Folgendes. Beseitigung eines sein Eigenthum verletzenden Zustandes kann der Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums gewiß verlangen, mag dieser Zustand den Gegenstand einer Servitut oder überhaupt eines Rechts zu bilden im Stande sein, oder nicht; oder muß er ihn etwa dulden? Ein Antrag dagegen auf einen richterlichen Spruch des Inhalts, daß dem Gegner ein Recht zu dem, was er thut, nicht zustehe, hat Sinn nur unter der Voraussetzung, daß ein Recht dieses Inhalts überhaupt möglich ist. Ob man aber für die Zulässigkeit eines solchen Antrags noch ferner verlangen will, daß das Recht, gegen welches der Antrag sich richtet, eine Servitut sei, hängt ganz davon ab, in welchem Umfange man überhaupt Präjudicialklagen glaubt zulassen zu dürfen: denn in der That handelt es sich hier von einer solchen Klage. Ich für meinen Theil nehme keinen Anstand, mich im Principe (vorbehaltlich richterlichen Ermessens), gegen jene Beschränkung zu erklären, s. §. 45 a. E. Man hat sich in dieser Streitfrage von Seiten der Gegner namentlich auch auf l. 8 §. 6 D. si serv. 8. 5 bezogen. Nach dem zuvor Gesagten könnte immerhin zugegeben werden, daß diese Stelle die negatoria ausschließen wolle; sie will aber in der That die confessoria ausschließen, nach dem Gesichtspunkt der l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6 (Note 13). Seuff. Arch. XXI. 17. 210. 211.

[9] L. 5 §. 6 (7) D. si ususfr. 7. 6 (Note 11). Seuff. Arch. IX. 260, XII. 247, XIV. 273. Vgl. auch Zimmermann Arch. f. prakt. RW. II S. 311 fg. Die Präjudicialnatur der Klage tritt hier rein hervor. Uebrigens ist der aufgestellte Satz nicht allgemein anerkannt. S. Schmid §. 17 Note 7, Hesse Rechtsverh. S. 19 fg. und Jahrb. S. 105 fg. 122 fg. Seuff. Arch. XX. 105. — Wie ist es, wenn der Gegner nicht ein Eingriffsrecht, sondern Eigenthum in Anspruch nimmt? Vgl. Bl. f. RAnwendung in Bayeern XXXVIII S. 305 fg. 321 fg. Seuff. Arch. IX. 238; XX. 105.

[10] S. z. B. gegen den besitzenden Nießbraucher, l. 5 §. 6. 7 cit. Die actio negatoria concurrirt in diesem Falle mit der rei vindicatio, vgl. z. B. l. 1 §. 4 D. de superfic. 43. 18.

Inhalt des Urtheils sich ganz nach den in §. 193 fg. entwickelten Grundsätzen bestimmt[11]. Unter allen Umständen aber ist der Grund des Anspruchs und der Klage das Eigenthumsrecht[12], — auch wenn die Klage auf Nichtdürfen gerichtet ist, nicht das Nichtdürfen des Gegners als solches, sondern sein Nichtdürfen auf Grund des dem Berechtigten zustehenden Eigenthumsrechts[13].

---

[11] L. 5 §. 6 (7) cit. „Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur: sed in omnibus ita demum, si non sit possessor qui agat (nam et possessori competunt): quod si possident, nihil fructuum nomine consequentur. Quid ergo officium iudicis erit, quam hoc, ut securus consequatur fructuarius fruendi licentiam, proprietatis dominus, ne inquietetur“?

[12] Dieß muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als die intentio der römischen formula nicht, wie bei der rei vindicatio, auf das klägerische Eigenthumsrecht als solches, sondern direct auf das daraus hergeleitete Nichtdürfen des Beklagten (bez. das Verbietungsrecht des Klägers, oder auch das Dürfen des Klägers gegen den Willen des Beklagten) gestellt war. Vgl. darüber, sowie über die Frage, ob nicht der Ausdruck negatoria actio viel mehr eine formale, als eine materielle Bedeutung gehabt habe (so daß also auch die Klage aus einer negativen Servitut negatoria gewesen wäre, und die Klage des Eigenthümers gegen Verhinderung in der eigenen Verfügung über seine Sache confessoria): Vangerow §. 353 Anm. 1 z. A., Schmidt S. 154—155. 159—164, Pernice p. 134—162, Witte S. 386—408, Keller §. 184, neuerdings Schmidt krit. VJSchr. VII S. 294 fg., auch Jhering Geist des röm. R. III S. 83—85. Ueber die auf das Verbietungsrecht des Klägers gestellte Fassung (actio prohibitoria) s. Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 8 (1845), Stephan das. XIV. 8 (1848), Schmidt S. 163—169, Pernice p. 162—173, Witte S. 391—393, Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 8 (1866), Karlowa der röm. Civilproc. zur Zeit der Legisactionen S. 93 fg. (1872). — Ueber die Frage, ob die actio negatoria auch auf Grund des Miteigenthums gegen den Miteigenthümer erhoben werden kann, s. §. 169a Note 4 a. E.

[13] L. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6. „Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fruendi usufructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis usufructuarius ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant“.

Deßwegen liegt dem Kläger kein anderer Beweis ob, als der Beweis[14] seines Eigenthumsrechts[15]; das Nichtdürfen des Gegners folgt daraus so lange, bis dieser sein Dürfen einredeweise dargethan hat[16].

---

[14] Aber auch wirklicher Beweis; es genügt nicht bloße Bescheinigung. Puchta im Rhein. Mus. I S. 165 fg.

[15] Eine noch immer sehr bestrittene Frage, obgleich in der neueren Zeit sich die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf die Seite der hier vertheidigten Meinung gestellt hat, so Puchta §. 172. e, Arndts §. 169 Anm. 4, Vangerow I §. 353 Anm. 2, Sintenis I §. 52 Note 57, Schmid S. 373 fg., Pagenstecher S. 184, Schmidt S. 169, Pernice p. 180 sq., Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 2, Eck doppelseitige Klagen S. 23, Bekker Aktionen I S. 216. Seuff. Arch. I. 409, VIII. 94, IX. 260, X. 139, XV. 102, XVII. 211, XIX. 19. 125 Nr. II, XX. 14, XXI. 102. Die Meinung, daß der Kläger außer seinem Eigenthum auch das Nichtrecht des Beklagten beweisen müsse, ist in der neueren Zeit wieder vertheidigt worden von Duroi Arch. f. civ. Pr. XL. 2 (1830, vgl. Seuff. Arch. XIX. 125 Nr. 1) und Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. 6 (1842). Eine mittlere Meinung verlangt diesen Beweis vom Kläger in dem Fall, wo der Beklagte im Besitz sei; für dieselbe hat sich in der neuesten Zeit wieder erklärt (unter sehr lebhafter Bestreitung der ersten) Brinz S. 238—242, s. auch Heise Arch. f. civ. Pr. XL. 2 (1830), Reuter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 2 (1855), und vgl. Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten S. 140—145; dafür auch Seuff. Arch. I. 17. 18, II. 142, XV. 102 Nr. IV. Noch eine andere Mittelmeinung bei Glück X S. 254 fg.

[16] Es ist nicht richtig, zu sagen, daß für die Unbeschränktheit des Eigenthums eine Präsumtion spreche, als wenn es statistisch feststände, daß es mehr unbeschränkte, als beschränkte Eigenthumsrechte gebe. Aber es ist richtig, zu sagen, daß das Eigenthumsrecht als solches die Befugniß zum Ausschluß eines jeden fremden Willens in Betreff der Sache in sich trägt. Damit ist, wie mir scheint, die Frage erledigt. Jedenfalls müßten gegen diese Instanz bessere Argumente beigebraucht werden, als sich aus l. 15 D. de O. N. N. 39. 1, l. 5 §. 10 D. eod., l. 45 D. de damno inf. 39. 2 entnehmen lassen, aus welchen Stellen allerdings hervorgeht, daß der Negatorienkläger beweisen, nicht aber, daß er das Nichtrecht des Beklagten beweisen muß, oder aus l. 8 §. 3 D. si serv. 8. 5, welche nur sagen will, welche der beiden bei einem Streit über eine Servitut sich gegenüberstehenden Personen als Kläger aufzutreten Veranlassung, aber nicht, was eine jede von ihnen zu beweisen die Pflicht habe. Vgl. auch l. 5 pr. D. si usufr., welche aus der negatoria actio alles „agere de alieno iure" ausschließt, ferner l. 7 D. de aqua 43. 20, l. 10 C. de pign. act. 4. 24.

### Der Anspruch des redlichen Erwerbers.

### §. 199.

Gleiches Recht, wie das Eigenthum gegen Jedermann, gewährt der redliche Erwerb einer Sache, auch wenn er nicht mit Eigenthum verbunden ist, gegen denjenigen, welcher nicht wenigstens gleich viel für sich anführen kann[1]. In den Quellen ist dieß zwar ausdrücklich nur für den Anspruch wegen Vorenthaltung gesagt[2]; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es in ihrem Sinne auch für den Anspruch wegen Eingriffs behauptet werden muß[3]. Die näheren Grundsätze sind folgende.

1. Unter redlichem Erwerb wird hier Dasselbe verstanden,

---

* Dig. 6. 2 de Publiciana in rem actione. — Obrock de Publiciana in rem actione (1843). O. Mayer die iusta causa bei Tradition und Usukapion S. 89—106. 128 fg. (1871). Gimmerthal die Publicianische Klage und die Mancipation (1872, vgl. über diese Schrift unten Note 11 a. E.). Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (1873, vgl. unten Note 18). Gesterding S. 381—399, Schmid I §. 16, Pagenstecher III S. 193—207. Glück VIII S. 311 fg., Sintenis I §. 53, Vangerow I §. 335.

§. 199. [1] Vgl. Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechts in Jahrb. f. Dogm. I. 5 (1857), Sintenis I §. 53 Note 8, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 8—21 (gegen Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts §. 3), Ziebarth die Realexecution und die Obligation S. 109. Ueber den viel weiter gehenden Anspruch, welchen diese beiden letzteren Schriftsteller dem römischen Anspruch aus redlichem Erwerb für das heutige Recht substituiren wollen, s. §. 162a Note 11. Doch hält Delbrück (§. 66) den Gedanken der Publiciana in sofern aufrecht, als er den Kläger aus titulirten Besitz auch über den älteren (nicht titulirten) Besitzer siegen läßt, während Ziebarth S. 279 fg. auch dieses bestreitet.

[2] S. §. 4 I. de act. 4. 6. Der Satz ist prätorischen Ursprungs; die durch das prätorische Edict gewährte actio ist die Publiciana in rem actio. Von der Publiciana actio heißt es: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit“ (l. 7 §. 6 D. h. t.), und: „in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus“ (l. 7 §. 8 eod.).

[3] Dieß wird nach dem Vorgang von Puchta Rhein Mus. I S. 182 fg. jetzt fast allgemein anerkannt. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 107, Pernice Commentationes duae p. 196 fg., H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIV S. 157 fg., Vangerow I §. 354 Anm. und die übrigen das. Citirten; Seuff. Arch. XIV. 209. A. M. Gimmerthal a. a. O. S. 78.

wie in der Lehre von der Ersitzung (§. 176—179). Es ist also erforderlich eines Theils der gute Glaube, d. h. die redliche Ueberzeugung, daß man sich die Sache aneignen dürfe[4], andern Theils, daß dieser gute Glaube in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung finde. Dieses Letztere setzt auch hier, wie bei der Ersitzung, regelmäßig das wirkliche Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache voraus[5]; aber nothwendig ist das Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache auch hier nicht[6]. Fortdauer des guten Glaubens verlangt das römische Recht hier so wenig, wie bei der Ersitzung[7]; auf Grund des canonischen

---

[4] L. 7 §. 11—17 D. h. t., l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Abweichend Gimmerthal S. 100 fg.

[5] Das Edict verlangte eine specielle Erwerbthatsache, Tradition (l. 1 pr. D. h. t.); vielleicht sprach es sogar, wenigstens ursprünglich, nur vom Kauf (l. 7 §. 11 D. h. t.). Aber die Interpretation der Juristen erkannte an: „quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio“ (l. 13 pr. D. h. t.). Nähere Ausführung in l. 1 §. 1 — l. 7 §. 5 l. 12 pr. §. 1 D. h. t. — Beim Kaufe ist Zahlung des Kaufpreises hier nicht erforderlich, l. 8 D. h. t. — Für den Fall des Kaufs von einem Wahnsinnigen wird die Publiciana actio gestattet in l. 7 §. 2 D. h. t., abgesprochen in l. 2 §. 16 D. pro emt. 41. 4. Eine Vereinigung ist möglich durch die Beschränkung der letzteren Stelle auf den Fall, wo der Erwerber gegen den Wahnsinnigen selbst auftritt (dessen exceptio dominii durch keine replicatio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden kann); jedenfalls führt, wenn ein Widerspruch angenommen wird, die Rechtsconsequenz zu der Entscheidung der ersten Stelle. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. c, Schmid §. 16 Note 11, Fitting Arch. f. civ. Pr. LI S. 275 fg. Umgekehrt gibt der l. 2 §. 16 cit. den Vorzug Gimmerthal S. 101 fg. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVII. 13 (1860) will die l. 2 §. 16 cit. von dem Ausschluß der rescissoria Publiciana actio (§. 5 I. de act. 4. 6, l. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7) verstehen, welche auf „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und Aufhebung der in Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung“ gerichtet sei, bekanntlich aber wegfalle, „wenn das verloren gegangene Recht nach dem strengen Recht ungültig war“.

[6] Auch hier genügt ein s. g. putativer Titel. Das wird weniger durch die gewöhnlich dafür angeführten Stellen bewiesen (l. 5 D. h. t. spricht von einer wirklichen Tradition auf irrigen Beweggrund hin, in den Fällen der l. 7 §. 4 l. 13 §. 2 D. h. t. ist immerhin die äußere Erscheinung eines Titels vorhanden), als durch die Analogie der Ersitzung. Vgl. Seuff. Arch. VI. 150. A. M. Gimmerthal S. 97 fg.

Rechts aber ist für das heutige Recht hier in gleicher Weise wie bei der Ersitzung das Gegentheil zu behaupten[8].

2. Daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei, ist nicht nothwendig; Besitzerlangung ist Erforderniß des dem redlichen Erwerber gewährten Schutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbthatsache ist, auf welche er sich beruft[9].

3. Dagegen entlehnt der Schutz des redlichen Erwerbes von der Ersitzung das Erforderniß der Ersitzbarkeit der Sache[10]; bei Sachen, welche der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, ist auch er ausgeschlossen[11].

---

[7] L. 7 §. 12. 14 D. h. t. Zu l. 11 §. 3 eod. vgl. l. 4 D. pro suo 41. 10 und Vangerow a. a. O. II Nr. 1. d, Arndts §. 170 Anm. 2.

[8] Die Vorschrift des canonischen Rechts (§. 177 Note 4) bezieht sich zwar nur auf die Ersitzung; aber wenn das unredliche Bewußtsein ein Hinderniß des Eigenthumserwerbes ist, so muß es auch ein Hinderniß der Abforderung der Sache wie einer eigenen sein. Viele sind jedoch entgegengesetzter Meinung; vgl. Schmid §. 16 Note 18, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. d a. E., Gimmerthal S. 109 fg.

[9] L. 1 §. 2 l. 11 §. 2 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t. A. M. Sintenis 1 §. 53 Anm. 11, Pagenstecher III S. 196—198, Keller S. 292, Gimmerthal S. 81 fg. Die Beschränkung, welche Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. a hinzugefügt, daß wenigstens der Rechtsurheber im Besitz der Sache gewesen sein müsse, hat in den Quellen ebensowenig Anhalt, wie die von Schmid I S. 361 behauptete, daß der Rechtsurheber auch seinerseits redlicher Erwerber gewesen sein müsse. S. auch die folgende Note.

[10] Die formula der actio Publiciana war nicht auf redlichen Erwerb, sondern auf die Voraussetzungen der Ersitzung gestellt („si quem hominem As As emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret", Gai. IV. 36). Besitz des Klägers (s. die vorige Note), wo die angerufene Erwerbthatsache ihn nicht erforderte, wurde durch diese Fassung der intentio nicht verlangt.

[11] L. 9 §. 5 D. h. t. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet". L. 12 §. 4 h. t. L. 12 §. 2 h. t. ist von der Ersitzung des vectigalischen Rechts zu verstehen (vgl. §. 182 Note 5). — Ueber die Meinung, daß es nach Justinianischem Recht nicht auf die ordentliche, sondern auf die außerordentliche Ersitzung ankomme (Obrock p. 58 sqq., Sintenis I §. 53 Note 15), s. Schmid §. 16 Note 6, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1. b; über eine von Andern behauptete Einschränkung des fraglichen Satzes Vangerow das. und Schmid Note 7. Gimmerthal S. 115 fg. — Der letztgenannte Schriftsteller

4. Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besitzer gegenüber, welcher besseres oder gleiches Recht hat. Besseres Recht hat der Eigenthümer[12]; gleiches Recht hat derjenige, welcher ebenfalls in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzteren Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Parteien sich auf den gleichen Rechtsurheber berufen, oder jede auf einen verschiedenen: in dem ersten Fall geht nicht der gegenwärtige Besitzer vor, sondern der erste Erwerber[13]. Uebrigens ist es natürlich nicht ausgeschlossen, daß dem redlichen Erwerber gegen die Einrede besseren oder gleichen Rechts seinerseits eine Vertheidigung zusteht[14].

---

schließt übrigens die actio Publiciana ferner (abgesehen von praedia vectigalia) auch bei allen res nec mancipi aus, und zwar auch für das heutige Recht! (Der Grundgedanke seiner Schrift ist, daß die actio Publiciana zum Zweck des Schutzes der Tradition von res mancipi eingeführt worden sei.)

[12] Gegen den Publicianischen Anspruch gilt die Einrede des Eigenthums, l. 16. 17 D. h. t.

[13] So l. 9 §. 4 D. h. t. Widersprechend l. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Nach dieser Stelle soll auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerber vorgehen. (Vereinigungsversuche: sie sage nicht, daß der erste Erwerber auch als Kläger immer siege, Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. b; sie spreche nur von dem Verhältnisse der redlichen Erwerber gegen Dritte, Schmid I S. 364 fg., Savigny VII S. 308 Note m; sie gebe demjenigen den Vorzug, welcher zuerst den Kaufpreis gezahlt habe, Rissen kaufrechtliche Tradition S. 12 fg.; vgl. auch Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 187—189, Gimmerthal S. 125 fg.) Die Entscheidung der l. 9 §. 4 ist vorzuziehen, weil sie der Rechtsconsequenz entspricht. Bei Gleichheit der Rechtsurheber muß der Publiciana die exceptio rei (venditae et) traditae nicht minder entgegenstehen, wie der rei vindicatio (vgl. Schliemann Lehre vom Zwange S. 165—178); aber es ist kein Grund ersichtlich, weßwegen auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerb besseres Recht begründen sollte. Vgl. Bruns Jahrb. d. gem. R. IV S. 19—21. Seuff. Arch. XXVI. 210.

[14] L. 24 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 4 §. 32 D. de exc. doli 44. 4, l. 35 D. de O. et A. 44. 7, l. 57 D. mand. 17. 1, l. 12 pr. D. h. t. L. 57 cit. „Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constat. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed venaliciarium ex provicia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno". Die Stelle ist von einer Wiedereinsetzung wegen

# Fünftes Kapitel.

## Die Dienstbarkeiten*.

### I. Begriff**.

### §. 200.

Die Dienstbarkeiten sind Rechte an fremder Sache, d. h. dingliche Rechte, welche die Sache, an welcher sie stattfinden, nicht in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, sondern nur in einer einzelnen Beziehung, oder mehreren einzelnen ihrer Beziehungen, erfassen (§. 145. 167). Die Dienstbarkeiten sind aber nicht die

---

Abwesenheit zu verstehen, und vor „causa cognita" ein „tantum" hinzuzudenken: die Lesart „inutiliter" hat die Autorität der Griechen für sich, und ist auch von Mommsen in den Text aufgenommen worden. Vgl. Vangerow a. a. O. Nr. II. 2. a, und namentlich Savigny VII Beil. XIX. — Eine Vertheidigung gegen die Einrede besseren oder gleichen Rechts ist auch in dem Falle nicht ausgeschlossen, wo das bessere oder gleiche Recht auf einen Erwerb vom Kläger (z. B. durch Veräußerung desselben) oder dem Kläger gegenüber (z. B. durch eine gegen denselben vollendete Ersitzung) gegründet wird. S. die drei letzten der oben citirten Stellen. Daher hilft unter Umständen die actio Publiciana auch dem gewesenen Eigenthümer (der ja durch den Verlust des Eigenthums nicht aufhört, redlich erworben zu haben) gegen den jetzigen Eigenthümer. Dieß ist einer der Grundgedanken des oben citirten Buches von Schulin (vgl. im Uebrigen §. 174 Note 9). Man wird auch dem gewesenen Eigenthümer eine Vertheidigung, welche ihm gegen den gegenwärtigen Eigenthümer zusteht, einem ganz Unberechtigten gegenüber nicht versagen dürfen. Vgl. in dieser Beziehung auch l. 12 pr. D. h. t. („sive extraneus"). Wenn aber Schulin noch weiter geht, und dem gewesenen Eigenthümer die Publiciana actio gegen den unberechtigten Besitzer schlechthin gibt, so daß also eine Vertheidigung aus dem Verlust des Eigenthums gegen dieselbe nicht zulässig sein soll (S. 3. 79. 147. 204), so ist das mindestens äußerst bedenklich, jedenfalls ohne quellenmäßigen Anhalt. S. auch Brinz krit. VJSchr. S. 251. 252.

* Luden die Lehre von den Servituten (1837). E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach röm. Rechte 2 Bde. (1838. 1843). R. Elvers die römische Servitutenlehre (1854. 1856; vgl. über diese Schrift Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 227—268, Arndts krit. Ueberschau II S. 161—165). O. Schönemann die Servituten (1866). Glück IX. X S. 1—268.

** Elvers §. 4. 5, Böcking II §. 160. 161, Sintenis I §. 57, Vangerow I §. 338.

einzigen Rechte an fremder Sache[1]; neben ihnen stehen das Pfandrecht, die Emphyteusis und die Superficies. Von dem Pfandrecht unterscheiden sie sich, abgesehen von der unselbständigen Natur des letzteren, dadurch, daß der hauptsächliche Inhalt des Pfandrechts in der Befugniß besteht, dem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht zu entziehen, während die Dienstbarkeiten das Eigenthumsrecht nur beschränken[2]; von Emphyteusis und Superficies unterscheiden sie sich dadurch, daß die von diesen letzteren Rechten ausgehende Beschränkung des Eigenthumsrechts so groß ist, daß dasselbe fast aufgehoben wird, während die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, daß das Eigenthumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigenthumsrechte untergeordnet bleiben[3].

---

[1] Es gab eine Zeit im römischen Recht, in welcher die Dienstbarkeiten allerdings die einzigen Rechte an fremder Sache waren. Sie allein unter den Rechten an fremder Sache gehören dem Civilrechte an; alle anderen sind prätorischen Ursprungs. Aus dieser Zeit stammt auch ihre Bezeichnung als servitutes. Servitus bezeichnet zunächst den Zustand der Unfreiheit der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Als unfrei aber wird gedacht diejenige Sache, welche einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer, wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. (Wie der Mensch sich in einem nicht naturgemäßen Zustand befindet, wenn er überhaupt dient, so die Sache, wenn sie einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer.) Der Ausdruck paßt also an und für sich auf jedes Recht an fremder Sache; aber es war natürlich, daß, als sich neben den Rechten an fremder Sache, welche bis dahin allein bestanden hatten, neue bildeten, diese letzteren besondere Namen erhielten, und so der Ausdruck für jene ersteren technisch wurde. Ebensowenig darf man sich jedoch darüber wundern, daß der Ausdruck servitus vereinzelt auch auf diese neuen Rechte angewendet worden ist, so z. B. in l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30 auf die Superficies, vgl. auch l. 1 §. 22 D. de aqua et aquae 39. 3. Der deutsche Ausdruck Dienstbarkeit entspricht dem römischen Ausdruck servitus in jeder Beziehung. §. 200.

[2] Dieß ist es, was man meint, wenn man die Dienstbarkeiten Gebrauchs- oder Nutzungsrechte nennt.

[3] Ueber den Werth dieses Principes s. Keller S. 317. 318, Jhering Geist des röm. R. II S. 213 fg. (2. Ausg.). Vgl. auch Böcking II S. 198. 199, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis und der Superficies auf der andern Seite für einen nicht bloß quantitativen, sondern qualitativen zu erklären. — Man nimmt in die Definition der Dienstbarkeiten wohl das Moment auf, daß sie untrennbar an eine bestimmte Person oder an ein bestimmtes Grundstück geknüpft seien.

Aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines Rechts an der Sache folgt, daß ihr Inhalt nicht eine dem Berechtigten zu machende Leistung sein kann (darüber das Nähere im folgen-

---

Aber dieß ist, was die persönlichen Dienstbarkeiten angeht, nur eine Consequenz des im Text bezeichneten allgemeinen Princips; für die Grunddienstbarkeiten beruht es darauf, daß der einmal festgestellte Inhalt eines Rechts nicht willkürlich geändert werden darf (§. 209 Num. 1. 5). (S. übrigens auch Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 201 fg.) — Ueberhaupt ist über die richtige Bestimmung des Begriffs der Dienstbarkeiten viel verhandelt und gestritten worden, und wird noch immer verhandelt und gestritten. Duroi (Arch. f. civ. Pr. VI S. 278 fg. [1823], vgl. Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 10—12) sieht in der Dienstbarkeit ein Eigenthumsrecht, Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen Sache, was ausführlich durch Puchta Rhein. Mus. I S. 286 fg. (1827) widerlegt worden ist, vgl. auch Vangerow a. a. O. Anm. 1 (S. 688 der 7. Aufl.). Eine gewisse Verwandtschaft mit dieser Ansicht hat die von einem neueren Bearbeiter der Lehre, Elvers, aufgestellte Ansicht (a. a. O. S. 29—52), wonach die Dienstbarkeit ebenfalls ein Recht (dominium) an einer juristisch fingirten Sache sein soll, nämlich an einer als selbständige Sache gedachten Eigenschaft einer körperlichen Sache. Und ähnlich lehrt jetzt auch Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 57 fg. vgl. S. 108. 132, übrigens nicht bloß für Dienstbarkeiten, sondern für alle Rechte an fremder Sache, dieselben seien nicht Rechte an der Sache, sondern an der bestimmten, als besonderes sachliches Gut ausgeschiedenen „Brauchlichkeit" der Sache, oder nach römischer Auffassung, welche die Thatsache und das Recht auf die Thatsache identificire, das bestimmte Gebrauchen- oder Benützen-Dürfen selbst. Noch schlimmer Siebenhaar Correalobligationen S. 153. 193. 194: bei der (Grund-) Dienstbarkeit gelte „eine den Vortheil eines Gebrauchs gewährende natürliche Eigenschaft der Sache als von dieser getrennt und als auf eine andere Sache übergegangen". — Sehr verbreitet ist die, bei den verschiedenen Schriftstellern freilich noch in verschiedenen Modificationen auftretende, Ansicht, die Dienstbarkeiten seien Eigenthumsbestandtheile, Eigenthumselemente, welche aus dem Eigenthumsrechte dem Rechte oder der Ausübung nach ausgeschieden, losgelöst, in dieser Ausscheidung und Loslösung zu selbständigen Rechten geworden seien (Büchel civilrechtl. Erörterungeu I. 3 S. 7—12 [1834]. II. 2 S. 273—276 [1839]. 2. Aufl. I S. 439 fg. [1846], Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 241—255 [1845], Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 250 fg. [1847], Vangerow a. a. O. Anm. 1). Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig sind sie aus Eigenthumsbestandtheilen gebildet. Die Vertheidiger dieser Ansicht scheinen allein, oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigenthümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit

den §.); aus ihrem Begriff als eines Rechts an fremder Sache folgt, daß Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann[4].

---

zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht umgebildetes Eigenthumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenußrechts des Eigenthümers, die Wegegerechtigkeit kraft des Rechts des Eigenthümers zu gehen ꝛc. Beruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigenthümers, sondern auf Ersitzung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefaßte Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. II S. 237—244, Wirth die libertatis usucapio (1854) S. 40—51, Brinz S. 258. 259, Böcking §. 159 Note 7, Dernburg Pfandrecht I S. 126—128, Schönemann S. 17—23, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 15 fg. Man hat sich für die hier verworfene Ansicht auch auf Quellenzeugnisse berufen, namentlich auf l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1, wo es von dem Besteller einer Grunddienstbarkeit heißt: „ius suum deminuit, alterius auxit" — als wenn nicht auch dadurch das Eigenthumsrecht ein ius deminutum wäre, daß für die Sache ein anderer Wille als der des Eigenthümers maßgebend ist, — ferner auf Stellen, in denen gesagt wird, daß „usus fructus in multis casibus pars dominii est" (l. 4 D. de usufr. 7. 1), „fructus portionis instar obtinet" (l. 76 §. 2 D. de leg. II° 30), ohne zu bedenken, daß diese Stellen, wenn man sie beim Worte nehmen wollte, beweisen würden, daß der Nießbrauch auch nach seiner Begründung pars dominii sei. Dieselben wollen in der That nur sagen, daß der Nießbrauch, als die weitest gehende unter allen Dienstbarkeiten, in dieser oder jener Beziehung behandelt werde, als handle es sich um ein Stück Eigenthum (vgl. §. 167 Note 4 und die das. citirten Stellen); in anderen Stellen heißt es denn auch umgekehrt, der Nießbrauch sei nicht „dominii pars, sed servitu(ti)s" (l. 25 pr. D. de V. S. 50. 16), „in iure non in parte consistit" (l. 66 §. 6 D. de leg. II° 31), „in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit" (l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1, s. auch l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4). Beim Wort genommen hat jene Stellen Bachofen römisches Pfandrecht I S. 97 fg. Nach ihm ist der Nießbrauch wirklich auch nach seiner Begründung ein Stück des Eigenthums, „das eine Eigenthumsrecht wird statt von einer Person von zweien ausgeübt". Vgl. noch Dernburg Pfandrecht I S. 132, Baron krit. VJSchr. VII S. 516, Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 161. — Eine andere hierher gehörige Frage ist: gehört zur Definition der Dienstbarkeit das Moment der Eigenthumsbeschränkung? Antwort: nein; die Eigenthumsbeschränkung ist eine Wirkung der Dienstbarkeit, aber die Dienstbarkeit besteht nicht in der Eigenthumsbeschränkung. Sie ist einfach ein Recht des Nichteigenthümers. Vgl. §. 201 Note 1.

[4] „Nulli res sua servit", l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, vgl. l. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6. Elvers §. 14. Der Eigenthümer hat als solcher jedes

Der Begriff der Dienstbarkeit ist, wie der des Besitzes, von Sachen auf Rechte übertragen worden, jedoch nur in beschränktem Maße: Rechte können nicht den Gegenstand einer jeden Dienstbarkeit, sondern nur den Gegenstand des Nießbrauchs bilden[5].

## II. Arten*.

### §. 201.

1. Ihrem Inhalte nach sind die Dienstbarkeiten entweder positive (affirmative) oder negative. Positiv sind diejenigen, kraft deren der Berechtigte in positiver Richtung, negativ diejenigen, kraft deren der Berechtigte in negativer Richtung seinen Willen für die Sache geltend machen kann. Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun, und verpflichten den Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten, und verpflichten den Eigenthümer zu einem Nichtthun[1]. Dienstbar-

---

Recht, welches möglicher Weise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stück seines Eigenthums (l. 63 D. de usufr. 7. 1: — „qui fundum habet . . usumfructum non [habet])". Es gilt also dafür auch nicht das Recht der Dienstbarkeiten. Vgl. l. 26 pr. D. de usu et usufr. 33. 2, l. 36 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Dienstbarkeit gegenüber dem Miteigenthum: vgl. §. 215 Note 9. Seuff. Arch. VI. 153, XXII. 19. 216. Vgl. noch das. XXIV. 216.

[5] S. §. 206 zweiter Absatz. Insofern ist auch der Satz der Quellen: „servitus servitutis esse non potest" (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) nicht vollständig richtig. S. daselbst. — Andere erklären den Satz servitus servitutis esse non potest statt aus der Unkörperlichkeit, aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten, so Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 12—13 und 2. Ausg. S. 423—425, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3, Elvers S. 224. Vgl. noch Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 259. 260.

* Elvers §. 4. 6. 10—12, Böcking II §. 160. 161, Sintenis I §. 58, Vangerow I §. 339.

§. 201. [1] L. 15 §. 1. D. de serv. 8. 1 (Note 2) bezeichnet als „servitutium natura", daß Jemand „aliquid patiatur aut non faciat". Die im Texte hervorgehobene Beziehung der Dienstbarkeit auf den Eigenthümer der dienenden Sache darf nicht als Beschränkung gefaßt werden. Die Dienstbarkeit gewährt die Befugniß, welche sie gewährt, nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern in gleicher Weise auch gegen jeden Dritten; das Verhältniß des Berechtigten zum Eigenthümer wird nur deßwegen besonders betont, weil dieser

keiten, welche den Eigenthümer zu einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben[2]; ein Recht dieser Art, ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person[3].

2. Wichtiger ist die Eintheilung der Dienstbarkeiten in persönliche und Grunddienstbarkeiten[4]. Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen einer Person, Grunddienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstücks zu dienen. Bei den Grunddienstbarkeiten wird das Grundstück, dessen Interessen sie dienen,

---

als solcher ein entgegenstehendes Recht hat, welches eben durch die Dienstbarkeit überwunden wird. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Beziehung auf den Eigenthümer dem Begriffe der Dienstbarkeit wesentlich sei, vertheidigt mit Lebhaftigkeit Böcking II §. 159. §. 160. d.

[2] L. 15 §. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat". L. 6 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1.

[3] Der Wille des Berechtigten ist nicht für die Sache entscheidend, sondern für die Person des jeweiligen Eigenthümers. Es kann aber ein solches obligatorisches Recht mit einer Dienstbarkeit sehr wohl in der Weise verbunden sein, daß durch die Dienstbarkeit auch es ohne Weiteres begründet ist; dieß findet z. B. Statt bei der servitus oneris ferendi. S. unten §. 211a Note 3. Vgl. über den ganzen Satz Vangerow I §. 338 Anm. 2 Nr. 1, Elvers §. 6, Böcking §. 160. e—h. Seuff. Arch. XVIII. 15, XIX. 18; XVII. 8, XXVI. 108.

[4] L. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum". L. 4 D. de S. P. R. 8. 3: — „praedii magis quam personae videtur". L. 20 i. f. eod.: — „ius non hominis sed praedii est". L. 15 pr. D. de serv. 8. 1: „hominum — praediorum servitutes". L. 8 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3: „personalis servitus". Die Grunddienstbarkeiten werden vorzugsweise servitutes genannt, und ihnen als servitutes die persönlichen Dienstbarkeiten durch specielle Bezeichnung ihres Inhalts entgegengesetzt. Vgl. z. B. §. 3 I. de reb. incorp. 2. 2. „Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum, quae etiam servitutes vocantur" L. 9 §. 7 D. quod met. causa 4. 2: — „si ususfructus vel servitutes amissae sunt". L. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3. Deutlich tritt dieser Sprachgebrauch auch in den Rubriken von Inst. III. 3—5, Dig. VII. VIII. XXXIII. 2. 3, Cod. III. 33. 34. hervor. Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 12.

geradezu als das berechtigte Subject bezeichnet[5]. Jedoch ist diese Bezeichnungsweise nicht der richtige Ausdruck des stattfindenden Rechtsverhältnisses; es ist bei den Grunddienstbarkeiten nicht etwa das Grundstück zur juristischen Person erhoben, sondern der zur Dienstbarkeit Berechtigte ist kein Anderer, als der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks[6]. — Das Princip des nothwendigen Ueberwiegens des Eigenthums ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten durch die Beschränkung ihrer Dauer gewahrt; sie dauern nur so lange, wie das Leben des Berechtigten, gehen nicht auf seine Erben über[7]. Bei den Grunddienstbarkeiten ist dieses Princip dadurch gewahrt, daß dieselben nur an Grundstücken stattfinden können[8], und die Nutzkraft eines Grundstücks durch die

---

[5] Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, und die sehr geläufigen Redeweisen: servitus praedio debetur, fundus fundo servit, und ähnliche (z. B. l. 23 §. 2. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 140 i. f. D. de V. O. 45. 1, l. 12 D. de serv. 8. 1, l. 31 D. de S. P. R. 8. 3), ius praedii, fundi (z. B. l. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 20 §. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. de pign. act. 13. 7). In gleicher Weise sagen wir heutzutage: herrschendes Grundstück.

[6] Der Hauptvertheidiger der entgegengesetzten Ansicht ist Böcking. Vgl. §. 57 Note 10. Ein Gegengrund gegen die hier vertheidigte Ansicht liegt auch nicht, wie Elvers S. 100. 101 glaubt (vgl. Böcking §. 161 Note 12), in dem Satze, daß der Verlust der Dienstbarkeit wegen Nichtausübung auch durch die Ausübung von Seiten des Nichteigenthümers des herrschenden Grundstücks, ja selbst des unredlichen Besitzers, ausgeschlossen wird, l. 12 D. quemadm. serv. 8. 6. Elvers denkt sich diese Ausübung deßwegen wirksam, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschehe. Keineswegs; sie ist die Ausübung eines an das Grundstück geknüpften Rechts. Daß sie von dem Unberechtigten geschehen ist, schadet hier so wenig, wie dieß bei der persönlichen Dienstbarkeit schadet. Man nehme an, der unrichtige Vermächtnißnehmer, welcher auch weiß, daß ein Anderer der richtige sei, übe den vermachten Nießbrauch aus: auch hier wird dem wahren Nießbraucher seine Nichtausübung keinen Eintrag thun. Es kommt nur darauf an, daß gerade diejenige Dienstbarkeit ausgeübt sei, um welche es sich handelt. Vgl. §. 216 Note 4.

[7] S. §. 202 Note 4. Vgl. l. 3 §. 2. 3 D. de usufr. 7. 1. §. 2 cit. „Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti". Freilich ist später die Möglichkeit auch des Gegentheils anerkannt worden, s. §. 215 Note 7.

Interessen eines andern Grundstücks nie in einer das Eigenthum absorbirenden Weise in Anspruch genommen wird.

3. Endlich werden die Dienstbarkeiten noch eingetheilt in ständige und nicht ständige Dienstbarkeiten[9], jenachdem ihre Ausübung eine ständige oder nicht ständige ist[10]. —

Im Folgenden soll von den einzelnen Dienstbarkeiten mit Zugrundlegung der zweiten der genannten Unterscheidungen gehandelt werden.

## III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.

### A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.

#### 1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt.

§. 202.

Den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann Alles bilden, was der Person des Berechtigten von Werth ist. Die umfassendste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch; sie geht auf allen Nutzen, welchen die Sache gewährt, durch ihre Früchte oder durch den Gebrauch, welcher von ihr gemacht werden kann. Aber auch der bloße Fruchtgenuß und der bloße Gebrauch können den In-

---

[8] S. §. 209 Note 4.

[9] Servitutes continuae — discontinuae. Diese Ausdrücke sind nicht quellenmäßig, vgl. aber l. 14 pr. D. de serv. 8. 1. Ueber die Sache s. Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 114—116, Randa der Besitz nach österreich. Recht S. 300. 309—311.

[10] D. h. jenachdem ihre Ausübung in der Herbeiführung eines dauernden Zustandes, oder in einzelnen unterbrochenen Handlungen besteht. Von der ersten Art sind alle negativen Dienstbarkeiten, sodann alle positiven, welche mit Detention der dienenden Sache verbunden sind, aber auch z. B. die serv. tigni immittendi, stillicidii ꝛc. Von der letzten Art sind z. B. die Wegegerechtigkeiten. (Auch die Wasserleitungsgerechtigkeit? Man unterscheide zwischen dem Recht auf Benützung des fremden Wassers, und dem Recht zum Haben einer wasserleitenden Vorrichtung auf dem fremden Grundstück [§. 211 Note 6]. Vgl. Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II. 1, Randa a. a. O. Note 24.) — Uebrigens ist die Auffassung Pfeiffer's a. a. O. nicht ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten. Nach seiner Darstellung fallen unter den Begriff der servitutes continuae auch solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in unterbrochenen Handlungen besteht, wenn nur diese Ausübung eine der Zeit und dem Gegenstande nach im Voraus bestimmte ist.

halt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden[1]; ebenso einzelne Seiten des Fruchtgenusses und einzelne Seiten des Gebrauches[2]. Eine besondere Theorie stellt jedoch das römische Recht nur für

---

§. 202. [1] Dieß ist jedoch, was den bloßen Fruchtgenuß angeht, bestritten. Mit Unrecht; warum sollte nicht der Gebrauchsnutzen der Sache dem Einen zustehen können, der Fruchtnutzen einem Andern? Daß dieß in der Weise möglich ist, daß der Eigenthümer den Fruchtnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, leugnet Niemand; es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch in der Weise möglich sein sollte, daß der Eigenthümer den Gebrauchsnutzen hat, ein Nichteigenthümer den Fruchtnutzen, oder der eine Nichteigenthümer den Gebrauchsnutzen, der andere den Fruchtnutzen. So heißt es auch in l. 14 §. 3 D. de usu 7. 8: „Poterit . . apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas". S. auch l. 5 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 18 §. 3 D. de accept. 46. 4 (in welcher Stelle nichts geändert zu werden braucht; der Jurist erklärt die acceptilatio usus für gültig, weil der usus im ususfructus etwas für sich Bestehendes sei, anders als das Fruchtgenußrecht des Eigenthümers im Eigenthum, das Baumaterial im Hause, §. 2 eod.). Allerdings ist es ganz richtig, daß Fruchtgenuß ohne ein gewisses Maß des Gebrauchens nicht möglich ist (l. 42 pr. D. de usufr. 7. 1: „fruendi causa et usum habebit"): hält man dieß fest, und bedenkt man ferner, daß der römische Ausdruck fructus nicht bloß den engeren Sinn hat, in welchem er bloß den Fruchtnutzen bezeichnet, sondern auch einen weiteren, in welchem er auf den gesammten Nutzen der Sache geht, also den Gebrauchsnutzen mit umfaßt (§. 203 Note 4), so erklären sich vollständig die scheinbar entgegenstehenden Stellen l. 14 §. 1. 2 D. de usu 7. 8, Paul. sentent. III. 6 §. 24. 25. Literatur dieser Frage: Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzg. III S. 498—504 (1820), Puchta civil. Abhandl. S. 221 fg. (kl. civil. Schriften S. 102 fg.) (1823), Loebell de usu et fructu §. 4 (1834), Brinz notamina ad usumfructum §. 5 (1849), Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 5 (1850), Vangerow I §. 348 Anm., Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach röm. R. §. 36 (1861), und dazu Scheurl krit. VJSchr. III S. 306—309.

[2] Wie z. B. auf Wasserbezug, Weide, Gehen ꝛc. L. 32 D. de usufr. 7. 1, l. 4. 6 pr. l. 37 D. de S. P. R. 8. 3, l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 6 D. de serv. leg. 33. 3, l. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34. 1 (in welcher letzteren Stelle, wenn sie nicht mit den andern angeführten Stellen in Widerspruch stehen soll, gelesen werden muß: „personae tamen ei*us*, qui vicinus non est, *non* inutiliter (oder *utiliter*) relinquitur", vgl. über die verschiedenen Erklärungen Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 390 fg., Zachariä von Lingenthal das. XXVII S. 88 fg., Fuchs Arch. f. prakt. RW. IV S. 313 fg., Vangerow I §. 339 Anm. Nr. I, Böcking II S. 221—223, Arndts §. 177 Anm. 2, Cohnfeldt in der am Ende dieser Note citirten Schrift S. 70—77 [der Letztere will den ganzen Passus von „nam et haustus

den Nießbrauch und das Gebrauchsrecht auf: der Grund davon ist, weil für das bloße Fruchtgenußrecht keine anderen Grundsätze gelten, als für das im Nießbrauch enthaltene Fruchtgenußrecht, ebenso für die einzelnen Seiten des Fruchtgenuß- und des Gebrauchsrechts keine anderen Grundsätze, als für das Fruchtgenuß- und Gebrauchsrecht selbst[8].

---

aquae" bis „utendi" als Glossen hinauswerfen], Schönemann S. 99 fg. [welcher in den Worten „qui vicinus non est" den Sinn ausgedrückt findet: „der nicht zu dem benachbarten Grundstück hinzukann"!], und die von diesen Schriftstellern Angeführten). Doch ist eine solche Beschränkung des Inhalts bei den persönlichen Dienstbarkeiten nicht das Gewöhnliche — will der Bestellende so weit in der Beschränkung gehen, so wird er leicht auch noch weiter gehen und von allem dinglichen Recht abstrahiren, nur eine obligatorische Befugniß einräumen — während sie bei den Grunddienstbarkeiten durch den Begriff derselben gegeben ist. Deßwegen hat man auch Dienstbarkeiten der bezeichneten Art unregelmäßige, anomale persönliche Dienstbarkeiten genannt — nicht passend, da das für sie geltende Recht kein anderes ist, als das für Nießbrauch und Gebrauchsrecht geltende. Noch unrichtiger ist es, wenn man sagt: es könne als persönliche Dienstbarkeit auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Was persönliche Dienstbarkeit ist, ist deßwegen, weil es eine solche ist, eben nicht Grunddienstbarkeit, steht also auch nicht unter dem Rechte der Grunddienstbarkeiten, wie denn namentlich das Maß der Ausübung hier lediglich durch das Interesse der berechtigten Person bestimmt wird (vgl. besonders l. 6 pr. D. de S. P. R. 8. 3). Ueber diesen Gegenstand gibt es besondere Abhandlungen von: Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV S. 382—393 (1842), Zachariae von Lingenthal das. XXVII. 1 (1844), R. Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach röm. Recht (1862, von der berliner Juristenfacultät gekrönte Preisschrift); s. außerdem Löhr Magaz. f. RW. und Gesetzgeb. III S. 495—497, Hasse Rhein. Mus. I S. 73 Note 3, Vangerow I §. 339 Anm. Nr. I, Elvers §. 23, Böcking II S. 214—216, Schönemann §. 28. Eine Uebersicht der Dogmengeschichte bei Zachariä a. a. O. S. 5—17 und bei Cohnfeldt §. 2. (Dieser letzte Schriftsteller führt sehr genügend aus, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches nicht Nießbrauch und Gebrauchsrecht sei, aber sehr ungenügend [S. 48. 26. 4], daß es den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nicht bilden könne. Doch sind seine Quelleninterpretationen beachtungswerth.)

[8] Der römischen Theorie vom Nießbrauch unterliegen nicht durchweg eine Reihe nießbrauchähnlicher Verhältnisse, welche das deutsche Recht kennt, wie z. B. der Nießbrauch des Mannes am Vermögen der Frau, die Interimswirthschaft rc. Es sind dieß selbständige Nutzungsrechte, die zunächst ihre eigene rechtliche Ordnung haben, und für welche die römischen Grundsätze vom Nießbrauch nur aushülfsweise in Betracht kommen können. Man hat in diesen Fällen von einem ususfructus iuris Germanici gesprochen. Vgl. die Lehr-

Für alle persönlichen Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden sind. Daher sind sie unvererblich[4] und unveräußerlich[5]. Ob nicht wenigstens ihre Ausübung überlassen werden kann, ist eine Frage, welche anders für den Nießbrauch, anders für das Gebrauchsrecht beantwortet ist (§. 205. 207).

Der gewöhnlichste Fall der Begründung der persönlichen Dienstbarkeiten ist der der Begründung durch letztwillige Verfügung[6], und auf diesen Fall ist ihre Theorie vorzugsweise berechnet.

---

bücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 178, Mittermaier §. 166, Gerber §. 144 Note 2, Beseler §. 193 z. A. Seuff. Arch. I. 15, III. 9, V. 187, VII. 194, IX. 197.

[4] §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 47 D. eod. 7. 1, l. 3 §. 3 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 9 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 21 D. de usu 7. 5. S. jedoch §. 215 Note 7.

[5] Sie können dem Eigenthümer rückübertragen werden, aber sie können nicht als Dienstbarkeiten an einen Andern gebracht werden, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 15 D. fam. erc. 10. 2, l. 10 §. 1 D. comm. div. 10. 3. Die Uebertragung an einen Dritten ist wirkungslos; die in l. 66 cit. vorgetragene Meinung, daß die Dienstbarkeit allerdings nicht auf den Dritten übergehe, aber dafür an den Eigenthümer zurückfalle, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Uebertragungswillens. Die Formel für denselben ist nicht: 1) ich will nicht mehr haben, 2) du sollst haben — sondern: ich will nicht mehr haben, damit du habest. Diese Meinungsverschiedenheit machte sich unter den römischen Juristen auch bei der Uebertragung des Besitzes geltend, s. §. 156 Note 10. Vgl. noch Gai. II. 35. III. 85, Ulp. XIX. 14. Andere lassen l. 66 cit. nur sagen, daß die Dienstbarkeit an den Eigenthümer zurückfalle, wenn später in der Person des Übertragenden ein Beendigungsgrund eintrete. Ueber diese und andere Meinungen in Betreff des bezeichneten Widerspruchs s. Puggé Rhein. Mus. I S. 145 fg. (1827), Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 88 fg. (1851), Böcking §. 164 Note 19, Vangerow I §. 344 Anm. 2.

[6] Nicht als wenn ihre Begründung durch Willenserklärung unter Lebenden nicht möglich wäre; aber die Interessen des Verkehrs unter Lebenden werden verhältnißmäßig selten zur Begründung von persönlichen Dienstbarkeiten führen, während es bei letztwilligen Anordnungen ein nahe liegender Gedanke ist, dem Einen die Substanz der Sache, dem Andern den lebenslänglichen Genuß derselben zuzuwenden. Vgl. § 1 I. de usufr. 2. 4 mit §. 4 I. de serv. praed. 2. 3.

## 2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.

### a. Der Nießbrauch.

### §. 203.

Der Nießbrauch[1] ist das Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu nützen, welche ohne Eingriff in ihre Substanz möglich ist[2]. Im Einzelnen umfaßt der Nießbauch: 1) das Recht, die Sache zu gebrauchen[3]; 2) das Recht auf die Früchte der Sache[4]. Ueber den Begriff der Frucht s. §. 144; nach dem daselbst Gesagten ist Frucht Alles, was die Sache als Ertrag gewährt[5], auf natürlichem Wege (natürliche Früchte)[6], oder unter

---

* Inst. 2. 4 de usufructu. Dig. 7. 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Cod. 3. 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum. — Elvers §. 50—58. Glück IX S. 157 fg.; Böcking §. 163 —166, Sintenis §. 59.

[1] Die Quellen sagen usus fructus, indem sie hier, wie so oft, die Bezeichnung für die Thatsache zur Bezeichnung des Rechts verwenden. Von derselben Art sind die deutschen Ausdrücke Nießbrauch, Nutznießung. Vgl. §. 44 Note 2. §. 203.

[2] „Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia", pr. I. h. t., l. 1 D. h. t.

[3] Usus. L. 12 §. 1 l. 15 §. 4. 5 l. 28 l. 41 pr. D. h. t., l. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9; l. 23 §. 1 D. h. t. Vgl. übrigens §. 207 Note 6.

[4] Fructus in diesem Sinne. Der Ausdruck fructus hat aber auch einen weiteren Sinn; in diesem geht er auf den gesammten Nutzen, welchen die Sache gewährt, umfaßt also den usus mit. So wird der Nießbraucher ganz gewöhnlich fructuarius schlechthin genannt, und in l. 14 §. 1 D. de usu 7. 8 heißt es: „Usus fructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest". Vgl. Paul. sentent. III. 6 §. 24, l. 41 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 64 D. de R. V. 6. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 58 D. de V O. 45. 1. Die l. 64 cit. lautet: „Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus certum est".

[5] L. 7 §. 1 D. h. t.: — „quicunque reditus est .. quaeque obventiones". Aus dem Begriff der Frucht folgt, daß dem Nießbraucher nicht gehören die vom Sturme umgeworfenen Bäume (— „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius", l. 12 pr. D. h. t.), nicht Fell und Fleisch gestorbener Thiere (l. 30 D. quib. mod. usus fr. 7. 4), nicht der Schatz (arg. l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Ebensowenig gehörten ihm nach römischem Recht die Kinder der Sclavin, l. 27 pr. D. de H.

Vermittelung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses (juristische Früchte)[7]. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher erst durch die Besitzergreifung[8]; die juristischen werden hier, wie überall, durch Uebergabe von Seiten des Eigenthümers erworben[9].

---

P. 5. 3, l. 68 pr. D. h. t., l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1. Wenn ihm in l. 7 §. 1 D. h. t. auch der Eigenthumserwerb wegen nicht geleisteter cautio damni infecti zugeschrieben wird, obgleich dieß gewiß kein bestimmungsgemäßer Ertrag der Sache ist, so ist zu erwägen, daß das Gleiche auch von solchen Personen gilt, welche gar kein Fruchtgenußrecht an der Sache haben (l. 18 pr. l. 13 §. 5 l. 21 D. de damno inf. 39. 2). Vgl. Elvers S. 485.

[6] „Quidquid in fundo nascitur", l. 9 pr. l. 59 §. 1 D. h. t. Producte von Thieren: l. 68 §. 1 D. h. t., l. 28 pr. D. de usur. 22. 1 (§. 37 I. de R. D. 2. 1). Mineralien: l. 9 §. 2. 3 D. h. t.; vgl. §. 144 Note 8 und die daselbst citirte Abhandlung von Schröder. Ertrag der Jagd und Fischerei: l. 9 §. 5 l. 62 pr. eod., Paul. sentent. III. 6 §. 22 (ein anderer Gesichtspunkt für den Jagdertrag wird in l. 26 D. de usur. 22. 1 aufgestellt, ohne daß dadurch die für den Nießbrauch gegebene Regel berührt würde). Wächter Jagdrecht (§. 184 Note 5) S. 343 fg.

[7] „Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur", l. 59 §. 1 D. h. t., l. 9 pr. eod. L. 12 §. 2 eod. „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest". Bei den Römern war hier von besonderer Wichtigkeit der Erwerb der Sclaven. Derselbe wurde jedoch dem Nießbraucher nicht unbedingt zugesprochen, sondern, wenn er entgeltlich war, nur dann, wenn der Entgelt aus seinem Vermögen genommen war oder in der Arbeit des Sclaven bestand, wenn er unentgeltlich war, nur dann, wenn die Zuwendung an den Sclaven mit Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers geschehen war. L. 21—26 D. h. t.

[8] L. 12 §. 5 D. h. t., l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. §. 186 Note 5. 6. Daß die Frucht noch nicht reif war, hindert den Erwerb nicht, l. 48 §. 1 D. h. t., l. 42 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. überhaupt Göppert die organischen Erzeugnisse S. 282 fg., Köppen der Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 24 fg. — Auf Ersatz der auf die stehende Ernte verwendeten Kosten hat der Nießbraucher bei Beendigung des Nießbrauches keinen Anspruch. Buchka und Budde Entscheidung des OAG. zu Rostock IV Nr. 39 (Seuff. Arch. XVI. 274).

[9] Juristische Früchte sind namentlich Mieth- und Pachtgelder. Wie nun, wenn der Nießbrauch inmitten einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt oder endet, muß dann nicht der Zins dieser Periode, unabhängig davon wer ihn eingenommen hat, zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher (bez. dessen Erben) verhältnißmäßig getheilt werden? Man bemerke, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigenthümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigenthümer übergeht; jeder hat es nur mit seinem

Der Nießbraucher ist in der Ausübung seines Rechts an gewisse Schranken gebunden[10]. Vor Allem darf er die Sache nur in einer Weise nützen, wie es die Regeln einer guten Wirthschaft mit sich bringen[11]. Aber auch abgesehen hiervon ist ihm keine Nützung gestattet, welche entweder gegen die Bestimmung der Sache verstößt[12], oder in Widerspruch mit der Art

---

Miether und Pächter zu thun, und hat denselben gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches und Genusses (l. 58 pr. l. 59 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2). Vgl. Seuff. Arch. XIV. 115. — Wie aber, wenn das Forderungsrecht auf die juristischen Früchte in der That von dem Abtretenden auf den neu Eintretenden übergeht, wie z. B. bei einem zum Nießbrauch gegebenen emphyteutischen oder superficiarischen Grundstück, bei Zehnten und Grundgefällen, welche kraft des Nießbrauch-Grundstücks gefordert werden können (ein anderes, heutzutage nicht mehr praktisches, Beispiel in l. 25 §. 2 l. 26 D. h. t.)? Wenn auf Emphyteusis und Superficies die Analogie von Pacht und Miethe angewendet wird, so ist (auf Grund von l. 26. 58 pr. h. t., vgl. l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2) zu sagen, daß bei der Superficies die Abgabe der letzten Zinsperiode zwischen Eigenthümer und Nießbraucher allerdings verhältnißmäßig zu vertheilen, bei der Emphyteusis dagegen darauf zu sehen ist, ob die natürliche Fruchtperception in die Zeit des Nießbrauchs, oder in die des Eigenthums gefallen ist. Jedoch ist die Anwendung dieser Analogie nicht ohne Bedenken. Entschieden keine Anwendung kann sie finden, wo das zu Leistende ein Aequivalent des Gebrauchs und Genusses der dem Nießbrauch unterworfenen Sache überhaupt nicht ist, wie bei Zehnten und Grundgefällen; hier kann nur darauf gesehen werden, zu welcher Zeit die letzte periodische Leistung fällig geworden ist. Vgl. Wächter Erörterungen I S. 73—87, Mommsen Erörterungen I S. 134 fg.

[10] Sie werden in den Ausdruck zusammengefaßt, der Nießbraucher müsse sein Recht ausüben „boni viri arbitratu", l. 13 pr. §. 6. 8 D. h. t., l. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9.

[11] Der Nießbraucher muß sein Recht ausüben wie ein „bonus paterfamilias", wie ein „bonus vir", l. 9 §. 2 l. 15 §. 4 D. h. t., §. 38 I. de R. D. 2. 1. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t. Ueber die Nützung von Holz insbesondere s. l. 9 §. 7 — l. 12 pr. l. 18. 48 §. 1 D. h. t., und die Abhandlung von Laspeyres Arch. f. civ. Pr. XIX. 4 (1836), vgl. Vangerow I §. 344 Anm. 1, Elvers S. 482—484; Seuff. Arch. III. 9. Die Jungen einer Heerde fallen an den Nießbraucher nur insoweit, als sie nicht zum Ersatz der abgegangenen Stücke erforderlich sind, l. 70 §. 1 D. h. t., l. 12 §. 5 eod. Vgl. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 288 fg. 300 fg., Wächter das schwebende Eigenthum S. 10 fg.

[12] L. 15 §. 1 D. h. t. „Mancipiorum quoque usufructu legato non

und Weise steht, wie der Eigenthümer seine Sache zu nützen pflegt[13]. Endlich ist seinem Nützungsrecht eine Schranke dadurch gesetzt, daß er die Sache nicht umgestalten darf; er muß sie nützen in der Gestalt, wie sie ist[14].

Soweit das Recht des Nießbrauchers geht, ist das des

---

debet abuti, sed secundum condicionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat et qualum et calcem portare cogat, histrionem balniatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate".

[13] L. 13 §. 8 D. h. t. „Item si domus usufructus legatus sit, meritoria ilic facere fructuarius non debet, nec per cenacula dividere domum. Atquin locare potest; sed oportebit quasi domum locare, nec balineum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quae vulgo deversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, et si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet; non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum, quod erat domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit, (l. 14) licet multo minus ex ea re fructum percipiat". Vgl. l. 13 §. 6 eod. Aber auch nur eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende Nützung ist dem Nießbraucher untersagt, nicht jede von ihr abweichende, l. 9 i. f. l. 15 §. 5 l. 27 §. 1. 2 D. h. t.

[14] Damit ist aber nicht gesagt, daß der Nießbraucher keine irgendwelche Aenderung mit der Sache vornehmen dürfe. Es darf z. B. der Nießbraucher eines Lustgartens aus demselben keinen Fruchtgarten machen (l. 13 §. 4 D. h. t.); aber dem Nießbraucher eines Landgutes ist es nicht verboten, auf einem Theil desselben einen Steinbruch u. dgl. anzulegen, wenn nur der Charakter des Landgutes gewahrt bleibt (l. 9 §. 3 l. 13 §. 5 D. h. t., und dazu Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 92—138, Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 365 fg., Vangerow I §. 344 Anm. 2 und die an diesen Orten Citirten). S. auch §. 6 i. f. eod., l. 73 D. h. t. Die Grenze zwischen bloßer Umänderung und Umgestaltung kann natürlich in einem gegebenen Falle eine schwierig zu findende sein. In l. 13 §. 7 D. h. t. heißt es, der Nießbraucher eines Hauses dürfe „lumina immittere", ebenso „colores et picturas et marmora et sigilla et si quid ad domus ornatum"; aber er dürfe nicht „diaetas transformare vel coniungere aut separare . . . . vel aditus posticasve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere; excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata". S. auch l. 7 §. 3 l. 8. 44. 61 D. h. t. Ueber das Ganze vgl. Elvers S. 466—473, Sintenis I §. 59 Anm. 22, und den oben citirten Aufsatz von Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV. 11 (1852).

Eigenthümers ausgeschlossen. Dagegen ist dem Eigenthümer keine Befugniß entzogen, durch deren Ausübung der Nießbrauch nicht beeinträchtigt wird[15]. Der Eigenthümer kann daher namentlich sein Eigenthumsrecht einem Andern übertragen; er kann die Sache verpfänden[16], und auch Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher nicht schaden[17], auf dieselbe legen[18].

## §. 204.

Mit dem Rechte des Nießbrauches sind obligatorische Verpflichtungen verbunden[1]. Dieselben gehen auf Ersatz alles Schadens, welcher durch eine unbefugte Ausübung des Nießbrauches dem Eigenthümer erwachsen ist[2]; ferner auf Leistung

---

[15] L. 7 §. 1 l. 13 §. 7 i. f. D. h. t., l. 17 §. 2 l. 25 §. 3 eod.

[16] L. 2 C. h. t.

[17] Z. B. die servitus non altius tollendi.

[18] L. 15 §. 7 l. 16 D. h. t. Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher schaden, soll er nach dieser Stelle nicht einmal mit dessen Einwilligung bestellen können. Dieser Satz, welcher sich wahrscheinlich aus der alten Bestellungsform der Dienstbarkeit durch in iure cessio erklärt (Keller röm. Civilpr. S. 93), ist heutzutage nicht mehr anwendbar, da nichts verbietet, einen solchen Consens des Nießbrauchers als Rückgabe des Nießbrauchs zum Wiederempfang nach Bestellung der Servitut auszulegen. So, wie mir scheint in überzeugender Weise, Arndts §. 179 Note 4; übereinstimmend Elvers S. 258—260, Jhering Jahrb. f. Dogm. I S. 94, Sintenis I §. 59 Note 45. Andere Meinungen über den Grund und die heutige Anwendbarkeit des angeführten Satzes bei Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 133, Vangerow I S. 789, Böcking §. 164 Note 22.

§ 204.

[1] Diese Verbindlichkeiten beruhen nach römischem Recht auf einer Stipulation, welche der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers mit demselben abschließen mußte. Durch diese Stipulation sollte die gehörige Grundlage für die vom Nießbraucher beizubringende Bürgschaft (Note 6) gewonnen werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach heutigem Recht der Anspruch des Eigenthümers statt auf das Versprechen, sogleich auf den Inhalt des zu leistenden Versprechens gerichtet werden kann. Mit andern Worten: die Obligation des Nießbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche. Vgl. l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. A. M. das Urtheil bei Seuff. Arch. XVI. 10. Vgl. noch Jhering Geist des röm. R. III S. 130—131. 261 fg., Bekker Aktionen II S. 49.

[2] „Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum", l. 1

der positiven Sorgfalt und Pflege, welche ein ordentlicher Mann auf seine eigene Sache verwendet, bez. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch Versäumung dieser Pflicht dem Eigenthümer zugefügt ist[3]. Außerdem muß der Nießbraucher, welcher allen Nutzen der Sache hat, auch alle Lasten derselben tragen[4]. Auch auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauches haftet er nicht bloß kraft des Eigenthums, sondern zugleich obligatorisch[5]. Zur Sicherheit der Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten muß er dem Eigenthümer Bürgschaft stellen[6];

---

§. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9. Daß der Nießbraucher wegen unbefugter Behandlung der Sache auch auf Grund der allgemeinen Rechtssätze, welche einen Jeden verpflichten, in Anspruch genommen werden kann (actio legis Aquiliae, iniuriarum etc.), versteht sich von selbst, vgl. l. 13 §. 2. l. 15 §. 3 l. 66 D. h. t.

[3] Die in der vorigen Note citirte l. 1 §. 3 D. usufr. quemadm. fährt fort: — „caeteraque facturum, quae in re sua faceret". Paul. sentent. III. 6 §. 27 bezeichnet als Gegenstand der Caution: „perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur", vgl. §. 38 I. de R. D. 2. 1, l. 65 pr. D. h. t., l. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. Einzelnes: Reparatur der Gebäude (l. 7 §. 2. 3 l. 64. 65 D. l. 7 C. h. t.); Instandhaltung fruchttragender Grundstücke (§. 38 I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 3 l. 13 §. 2 l. 18 l. 59 pr. D. h. t.); Ernährung und Erhaltung der Thiere (arg. l. 15 §. 2 l. 45 D. h. t.); Ergänzung einer Heerde (§. 38 I. de R. D. 2. 1, l. 12 §. 5 l. 68 §. 2 — l. 70 D. h. t., vgl. §. 203 Note 11 a. E.), eines Thiergartens (l. 62 §. 1 D. h. t.), einer Baumschule (l. 9 §. 6 D. h. t); Unterbrechung der zum Nachtheil des Eigenthümers laufenden Verjährungen (l. 15 §. 7 D. h. t., l. 1 §. 7 D. usufr. quemadm. 7. 9).

[4] L. 7 §. 2 l. 27 §. 3 l. 52 D. h. t. Auch die Versicherungskosten: Seuff. Arch. XV. 107.

[5] Die cautio usufructuaria geht nicht bloß auf „usurum se boni viri arbitratu", sondern auch auf „cum usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit", l. 1. pr. D. usufr. quemadm. 7. 9. Eine dritte Clausel, welche aber keinen specifisch neuen Inhalt hinzubringt, nennt l. 5 pr. eod: „dolum malum abesse afuturumque". — Auf Erfüllung der anderen vorhin genannten Verbindlichkeiten kann nicht erst nach Beendigung des Nießbrauchs geklagt werden. Seuff. Arch. X. 234.

[6] Diese Pflicht zur Bürgschaftsleistung ist ursprünglich nur für den Fall des letztwillig hinterlassenen Nießbrauchs ausgesprochen, dann aber auf alle Fälle der Bestellung desselben ausgedehnt worden. L. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 1 §. 2 l. 9 §. 1 eod., l. 13 pr. D. h. t., l. 4 C. h. t Errichtung eines Inventars? L. 1 §. 4 D. usufr. quemadm. 7. 9. Seuff. Arch. IX. 137, XIII. 105.

sonst braucht der Eigenthümer ihm die Sache nicht auszuantworten, und kann die bereits ausgeantwortete zurückfordern; der Eigenthümer kann aber auch geradezu auf Bürgschaftsstellung klagen[7]. Jedoch fällt die Pflicht zur Bürgschaftsstellung in gewissen Fällen weg[8]; auch kann sie vom Eigenthümer erlassen werden, jedoch nicht vom Erblasser für einen letztwillig verliehenen Nießbrauch[9].

---

[7] L. 13 pr. D. h. t., l. 7 pr. l. 12 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. l. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142—145. — Auf die vor geleisteter Caution erfallenen Früchte hat der Nießbraucher jedenfalls dann keinen Anspruch, wenn er nicht im Besitz ist. Arg. l. 24 cit. l. 8 D. de usufr. ear. 7. 5. Wie aber wenn er im Besitz ist? Es wird zu unterscheiden sein, ob er mit oder ohne Willen des Eigenthümers in den Besitz gelangt ist, und im ersten Fall, ob nicht der Eigenthümer die Einräumung des Genusses rückgängig machen kann (namentlich auch mit condictio indebiti oder ob causam datorum). Doch ist dieser Punkt bestritten. Vgl. Glück IX S. 489 fg., Elvers S. 563 fg., Bürkel a. a. O. S. 91 fg., Seuff. Arch. XXI. 216, XXII. 218. Ebenso ist bestritten, ob der Mangel der Caution dem Nießbraucher auch von Dritten entgegengesetzt werden kann. Seuff. Arch. XI. 164; XIX. 126, XX. 208. Die Bejahung der Frage möchte am Meisten für sich haben; es ist im Sinne des römischen Rechts nicht wohl anzunehmen, daß dem Eigenthümer seine Sicherheit auf einem Umwege sollte verbracht werden dürfen.

[8] Für den Nießbraucher, welchem nach einer bestimmten Zeit auch das Eigenthum zufällt (l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9); für den Vater, welcher den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen seiner Kinder hat (l. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61); für den Ehegatten, welcher bei Eingehung einer zweiten Ehe den Nießbrauch am Ehegewinn behält, jedoch nur, was die unbeweglichen Sachen angeht (l. 6 §. 1 C. de sec. nupt. 5. 9); für denjenigen, welcher einen Nießbrauch als Mitgift hat (l. 2 C. ne fideiussores dotium dentur 5. 20). Außerdem nimmt die Praxis noch den Fall des Schenkers aus, welcher sich den Nießbrauch des Geschenkten vorbehalten hat, Glück IX S. 484. Vgl. auch §. 134 Note 5.

[9] L. 7 C. ut in poss. leg. 6. 34, vgl. l. 6 pr. D. eod. 36. 4, l. 1 C. de usufr. 3. 33. Diese Stellen sprechen die Ungültigkeit des testamentarischen Erlasses zu bestimmt aus, als daß man sich über dieselben hinwegsetzen dürfte, wie dieß mit verschiedenen Wendungen (namentlich auch mit Hinweis auf die antiquirte lex Iulia et Papia Poppaea, lex Iulia vicesimaria und die, nach Justinianischem Recht nicht mehr absolute, lex Falcidia thun Böcking 165 Note 44, Rudorff zu Puchta §. 181. n a. E., Elvers S. 554 fg., und die früheren Ausgaben dieses Lehrbuches. So auch die Aelteren (Glück IX S. 419, Thibaut Pand. §. 764), ferner Sintenis I §. 59 Anm. 39,

## §. 205.

Der Nießbrauch ist, wie die persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt, unvererblich und unveräußerlich[1]. Dagegen ist die Ausübung desselben nicht unveräußerlich[2]; dieselbe kann sowohl gegen Entgelt als unentgeltlich einem Andern überlassen werden[3]. Derjenige, an welchen die Ausübung veräußert worden ist, hat nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer; er kann auch den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechts geltend machen[4].

---

Brinz S. 269, Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 147 fg., und die Praxis. Seuff. Arch. IV. 206, IX. 187, XIX. 126. 174, XXIII. 281, XXV. 144.

§. 205. [1] S. §. 202 Note 4 und 5.

[2] L. 66 D. de I. D. 23. 3: — „ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat".

[3] L. 12 §. 2 l. 38 40. 67 D. h. t., l. 8 §. 2 D. de per. 18. 6, l. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 §. 2 l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 57 D. sol. matr. 24. 3. Der Ausdruck der Quellen ist hier nicht immer genau; sie sprechen ganz gewöhnlich von Verkauf, Schenkung 2c. 2c. des Nießbrauchs, statt: der Ausübung des Nießbrauchs.

[4] L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est . . . Et scribit Papinianus l. XI. Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere 'non esse ei ius uti frui invito se', tali exceptione eum Praetor tuebitur 'si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit ut usus fructus pignori sit'. Nam et cum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obicietur exceptio". Der Schluß von der exceptio auf die actio hat keinen Anstand. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 98 hält diese actio für eine cedirte, woraus folgen würde, daß sie gegen den veräußernden Nießbraucher selbst nicht zulässig wäre. In der That aber ist sie eine eigene actio („*eadem ratione* et debitori obicietur exceptio"), freilich aus fremdem Recht; der Erwerber macht die an ein fremdes Subject angeknüpfte Willensherrschaft für sich, zu seinem Nutzen, geltend, also auch gegen dieses Subject selbst. S. §. 48a Num 2 und Windscheid die Actio 2c. 2c. S. 136, vgl. auch Dernburg Pfandrecht I S. 486. A. Schmid Grundlehren der Cession II S. 340 fg. — Mit dem Nießbrauche hört auch das Recht auf Ausübung desselben auf. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter. Es hört nicht auf, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt; in diesem Fall geht zwar der Nießbrauch als solcher unter, aber da der Nießbraucher sein Recht nur so übertragen konnte, wie er es hatte, so dauert für denjenigen, an welchen der Nießbrauch veräußert worden war, das Recht auf Ausübung einer gleichen Willensmacht, wie die im Nießbrauch enthaltene, fort. Das

Nur in Einem Falle ist der Nießbrauch selbst veräußerlich, wenn er nämlich Jemandem letztwillig bloß zu dem Ende gegeben worden ist, damit dieser ihn an einen Dritten weiter gebe; der Dritte erwirbt in diesem Fall durch die Uebertragung des Nießbrauchs einen eigenen Nießbrauch, nicht bloß das Recht zur Ausübung eines fremden[5].

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht[6], d. h. auch ein Bruchtheil des Nießbrauchs hat rechtlichen Bestand[7], mag der fehlende Theil einem andern Nießbraucher zustehen, oder mag er

---

Nämliche muß gelten, wenn der Nießbraucher seinerseits das Eigenthum erwirbt; die der fremden Ausübung hingegebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Nießbrauch stattfindende Recht hält, so weit es reicht, den Nießbrauch trotz seines Unterganges als Nießbrauch fest. Eine schlagende Analogie dafür gibt l. 3 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2: — „si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet". Gegen das Gesagte darf auch nicht l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 4 angeführt werden, welche nur die Regel bezeichnet. Vgl. §. 65a und §. 248 Note 11. Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. Erläuterungen I S. 271 fg.

[5] In den Quellen ist dieß zwar nur für die prätorische Jurisdiction anerkannt, während nach Civilrecht auch hier der Uebertragende nominell Nießbraucher blieb; aber für uns, wie bereits für das spätere römische Recht, ist dieser Gegensatz ohne alle Bedeutung. Weil hier der Empfänger einen eigenen Nießbrauch hat, ist er es, welcher Caution leisten muß, und durch dessen Tod, Nichtgebrauch ꝛc. ꝛc. der Nießbrauch untergeht. L. 9 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 4 l. 29 §. 2 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 29 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Windscheid die Actio ꝛc. ꝛc. S. 137—139. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden (Dernburg [der ältere] Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. 2, Elvers §. 27), der Nießbrauch sei überhaupt veräußerlich, freilich so, daß er auch beim Erwerber nicht länger dauere, als der Veräußerer lebe, weil dieser nicht Mehr übertragen könne, als er habe. S. dawider Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 96 fg. Windscheid a. a. O., Dernburg Pfandr. I S. 485, Vangerow I §. 344 Anm. 3.

[6] L. 1 §. 9 l. 81 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4.

[7] Ob man sagt: ein Bruchtheil des Nießbrauchs, oder: der Nießbrauch an einem Bruchtheil der Sache, kommt auf Dasselbe hinaus. Und in der That sagen die Quellen Beides. S. die Stellen der folgenden Note, auch l. 13 §. 1. D. de accept. 46. 4. Vgl. §. 142 Note 11.

mit dem Eigenthum vereinigt sein[8]. Der Sinn dieser Theilung ist aber auch hier, wie beim Eigenthum (§. 142 Note 11), nicht der, daß das Recht getheilt wäre, welches nicht getheilt sein kann. Auch derjenige, welchem der Nießbrauch nur zu einem Bruchtheil zusteht, hat alle Rechte, welche der Nießbrauch in Betreff der Sache gewährt, in ihrer ganzen Fülle, und ist bloß durch die gleichen Rechte des Mitberechtigten beschränkt[9]; aber von dem reell theilbaren Ertrage des Nießbrauches, und von dem, was durch Umsatz des Nießbrauches erworben werden kann, gebührt ihm nur ein Bruchtheil[10].

### Uneigentlicher Nießbrauch*.

## §. 206.

An Sachen, welche durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, vernichtet werden[1], ist der Nießbrauch seinem Begriff

---

[8] L. 5. 49. 50 D. h. t., l. 5 §. 2 D. si ususfr. pet. 7. 6, und der ganze Titel de usufructu accrescendo 7. 2.

[9] Daher war es auch für den Erwerb durch den Nießbrauchssclaven kein Hinderniß, daß Jemand den Nießbrauch nur zu einem Theile hatte, wenn nur der Erwerb des Mitnießbrauchers durch die Besonderheit des gegebenen Verhältnisses ausgeschlossen war, l. 32 D. de stip. serv. 45. 3 (vgl. §. 169a Note 5).

[10] So ist zu verstehen l. 19 D. de usu 7. 8: „frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus". — Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 13, obgleich dieß anerkennend, wie es ja nicht anders möglich ist, erklärt dennoch den Nießbrauch für ein untheilbares Recht. Er ist dabei geleitet theils durch die im Text zur vorigen Note bezeichnete Betrachtung, theils durch das Streben ein neues „Gesammtrechtsverhältniß" (§. 169a Note 8 a. E.) zu entdecken. Er schreibt aber dieser behaupteten Untheilbarkeit des Nießbrauchs keine andere Bedeutung zu, als die, Erklärungsgrund zu sein für das Anwachsungsrecht unter Nießbrauchern auch nach gemachtem Erwerbe. Vgl. Vangerow II §. 554 Anm. 1 Nr. II.

* Dig. 7. 5 de usufructu earum rerum quae usu consumuntur aut minuuntur. — Held die Lehre vom ususfructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (1848). H. Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch Nr. 1 (1864). Elvers §. 58. Glück IX S. 387 fg. Böcking §. 166.

§. 206. [1] Res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, verbrauchbare Sachen. S. §. 141 Note 1.

nach ausgeschlossen. Jedoch wird, wenn nichtsdestoweniger ein Nießbrarch an solchen Sachen verliehen wird, die Verleihung dadurch aufrecht erhalten[2], daß dem Empfänger das Eigenthum dieser Sachen zugesprochen wird gegen die Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauches eine gleiche Quantität gleicher Sachen, oder, wenn dieß ausgemacht worden ist, ihren Schätzungswerth herauszugeben[3]; mit andern Worten: der Nießbrauch am Körper der Sache, welcher nicht möglich ist[4], wird, wirthschaftlich gedacht, verwandelt in einen Nießbrauch am Werth der Sache[4a]. Natürlich muß der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit[5] auch hier Sicherheit stellen[5]. Handelt es sich von Sachen, welche

---

[2] Dieß beruht auf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, einem senatusconsultum aus der ersten Kaiserzeit (Puchta Rhein. Mus. III S. 82 fg. [kleine Schriften S. 214 fg.] glaubt, dasselbe sei schon zur Zeit des Cicero vorhanden gewesen; dagegen Böcking §. 166 Note 6 und Bürkel S. 31 fg., welcher Letztere [S. 25 fg.] den Senatsbeschluß nicht, wie Andere thun, nach der l. Iulia et Papia Poppaea, sondern vor dieselbe setzt; dieselbe habe den Senatsbeschluß nicht nöthig gemacht, sondern vorausgesetzt). Dieses senatusconsultum bestimmte im Allgemeinen: „ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit", ohne Zweifel um den Nießbrauch am ganzen Vermögen oder einem Bruchtheil desselben möglich zu machen. L. 1 D. h. t.; vgl. §. 2 I. de usufr. 2. 4, Ulp. XXIV. 27.

[3] Die Quellen behandeln als Grundlage auch dieser Verpflichtung (vgl. §. 204 Note 1) eine von dem Nießbraucher zu leistende cautio, l. 2 pr. l. 6. 7. 9. 10 D. h. t., l. 7 §. 1 D. usufr. quemadm. 7. 9, §. 2 I. de usufr. 2. 4; sie erkennen aber hier ausdrücklich an, daß das Rückforderungsrecht an die cautio nicht gebunden sei, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36. 3. — Von dem Vertrage, daß statt des Empfangenen der Schätzungswerth zurückgegeben werden solle, reden l. 7 D. h. t., §. 2 I. cit. Man darf nicht sagen daß auch ohne Vertrag der Nießbraucher nach seinem Belieben, statt in gleichen Sachen, in Geld zurückgeben könne; man würde ihm damit unbilligerweise den Vortheil der Preisdifferenz zusprechen. Bürkel S. 43—44.

[4] §. 2 I. cit.: — „Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit". L. 2 §. 1 D. h. t.

[4a] Der uneigentliche Nießbrauch ist bloß für die wirthschaftliche Betrachtung Recht an fremder Sache; seiner jurischen Form nach ist er eine Verbindung von Eigenthum und Obligation. Vgl. §. 142 Note 10 und II §. 496.

[5] L. 8 D. h. t., §. 2 I. de usufr. 2. 1, l. 6 pr. D. ut in poss. leg.

durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden, so ist darauf zu sehen, ob der Verleihende den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint hat[6].

Der Nießbrauch ist aber nicht bloß auf verbrauchbare und abnützbare körperliche Sachen, er ist auch auf unkörperliche Sachen, d. h. auf Rechte, ausgedehnt worden. So namentlich auf Forderungsrechte[7]. Der Nießbraucher hat hier das Recht auf Einforderung der periodischen Leistungen, zu welchen das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet[8], im Zweifel auch das Recht zur Einforderung des Gegenstandes des Forderungsrechtes selbst, und danach Nießbrauch an diesem Gegenstand einen eigentlichen oder uneigentlichen je nach der Natur desselben[9]. In gleicher Weise

36. 4. In Betreff der Ausnahmen von der Verpflichtung zur Bürgschaftsleistung ist das Gleiche zu sagen, wie für den eigentlichen Nießbrauch; ebenso über die Möglichkeit des Erlasses derselben. S. §. 204 Note 7—9.

[6] In §. 2 I. de usufr. 2. 4 wird der Nießbrauch an Kleidern als uneigentlicher Nießbrauch behandelt, in l. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9 und l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1 als eigentlicher, oder doch möglicherweise eigentlicher (in l. 15 §. 4 cit. ist nicht zu lesen: „sicut", sondern „sic ut"). Ein nahe liegender Anhaltspunkt für die Bestimmung des Willens des Verleihenden ist, ob der Nießbrauch an der abnützbaren Sache als solcher gegeben ist, oder an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnützbare Sachen enthalten sind; im ersten Fall ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er als eigentlicher, im zweiten Fall dafür, daß er als uneigentlicher gemeint sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Madai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 139—187, Held S. 41—46, Elvers S. 594—596, Arndts in Haimerl's VJSchr. V. 4 (1860), Bürkel S. 75—80.

[7] L. 3. 4 D. h. t.

[8] L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2.

[9] Er hat das Einforderungsrecht im Zweifel. Es kommt darauf an, ob der Nießbrauch an einem Forderungsrecht als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Vermögensstück, oder als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Forderungsrecht, also mit Beschränkung auf diese seine Erscheinungsform, aufzufassen ist. Entschieden ist diese Frage, wenn der Nießbrauch das Forderungsrecht nicht zum unmittelbaren Gegenstand hat, sondern nur Folge des Nießbrauchs am ganzen Vermögen ist, von welchem Falle l. 1. C. de usufr. 3. 33 und l. 24 D. de usu et usufr. 33. 2. handeln. Aber auch da, wo der Nießbrruch unmittelbar an dem Forderungsrecht stattfindet, wird im Zweifel, und namentlich bei letztwilligen Verleihungen, angenommen werden müssen, daß der Verleihende den Nießbrauch auf die augenblick-

ist auch ein Nießbrauch am Nießbrauch möglich[10], und wäre möglich an Emphyteusis und Superficies, wenn das römische Recht nicht dem Emphyteuta und dem Superficiar die Befugniß zuerkannt hätte, die Sache selbst mit einem Nießbrauch zu belasten[11].

---

liche Erscheinungsform des zum Nießbrauch verliehenen Vermögensstückes nicht habe beschränken wollen; ganz sicher wird diese Annahme, wenn das Forderungsrecht einen andern Genuß, als durch seine Einziehung, nicht gewährt. Die herrschende Meinung schreibt dem Nießbraucher das Recht der Einziehung unbedingt zu; ja Viele gehen noch weiter, indem sie den Nießbrauch an Forderungsrechten dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ganz gleichstellen, und also behaupten, der Nießbraucher werde einerseits unbedingter Herr des Forderungsrechts, andererseits sei er aber auch zur Restitution desselben oder seines Werthes unbedingt verpflichtet, auch wenn dasselbe ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sei. Ich finde für diese letztere Meinung in den Quellen gar keinen Anhalt. Vgl. über diesen Gegenstand die Abhandlung von Steinberger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 5 (1854) und Dunker Arch. f. prakt. RW. VI. 6 (1859); außerdem Held §. 12, Bürkel §. 9, Elvers S. 596—601, Mühlenbruch Cession §. 47 Note 15, A. Schmid Grundlehren der Cession I S. 180 fg. 219 fg., Böcking II S. 259. 260, Sintenis I §. 59 a. E. Seuff. Arch. XI. 164, XIX. 126. — Nießbrauch an einer Rente: Bürkel S. 69. 70.

[10] Obgleich davon in den Quellen nicht ausdrücklich die Rede ist. Aber die Quellen erörtern mit Rücksicht auf den oben genannten Senatsbeschluß die Frage, ob ein Nießbrauch an einer Wegegerechtigkeit möglich sei (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2). Diese Frage ist nun zwar in gleicher Weise wie für alle anderen Grunddienstbarkeiten (l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) und für das Gebrauchsrecht zu verneinen, weil diese Rechte nicht einmal Ausübung durch einen Andern zulassen: aber eben weil für den Nießbrauch das Gegentheil gilt, ist die Frage für diesen zu bejahen. Bürkel §. 7. Dieser Schriftsteller geht übrigens weiter, und will einen Nießbrauch auch an Grunddienstbarkeiten zulassen, mit Berufung auf l. 1 cit. i. f. Aber der Fall, welchen diese Stelle behandelt, und für welchen sie in indirecter Weise hilft, ist ein anderer, nämlich der, wo eine noch nicht bestellte Wegegerechtigkeit zum Nießbrauch vermacht wird. (Darauf gehen die Worte: „quia id neque ex bonis nec extra bona sit". Andere Erklärungen dieser Worte bei Böcking §. 162 Note 42, Bürkel S. 51). — Der Nießbrauch am Nießbrauch geht ebensowenig in allen Fällen mit seinem Gegenstand unter, wie das Recht auf Ausübung eines veräußerten Nießbrauchs. S. §. 205 Note 4 a. E. und vgl. §. 219 Note 8.

[11] S. §. 219 Note 7. 8. Vgl. Bürkel S. 58—59. — Nießbrauch am Pfandrecht? Bürkel §. 10. Nießbrauch am Autorrechte: Bürkel §. 11.

### b. Das Gebrauchsrecht.

### §. 207.

Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne das Recht, sich die Früchte derselben anzueignen[1]. Das Gebrauchsrecht unterscheidet sich von dem Nießbrauch nicht allein durch seinen geringeren Umfang, sondern auch dadurch, daß es auf den Gebrauch als solchen geht, während beim Nießbrauch der Gebrauch nur als Bestandtheil des Nutzens der Sache auftritt. Daraus erklärt sich, daß, wer bloß ein Gebrauchsrecht hat, auch nicht einmal die Ausübung des Gebrauches einem Andern überlassen kann, während der Nießbraucher dazu allerdings befugt ist[2]. Denn einen Andern gebrauchen lassen, heißt nicht gebrauchen; genützt aber wird die Sache auch in der Ueberlassung des Gebrauchs.

Jedoch ist derjenige, dem ein Gebrauchsrecht verliehen ist, nicht nothwendig auf den bezeichneten Inhalt beschränkt; er kann in einem gegebenen Fall sehr wohl auch ein mehr oder minder umfassendes Fruchtgenußrecht, so wie die Befugniß zur Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern haben. Es ist nämlich möglich, daß der Verleihende mehr gewollt hat, als die Ausdrücke Gebrauchsrecht, Gebrauch besagen; in diesem Falle ist die Auslegung vollkommen befugt, dem unvollkommenen Ausdruck gegenüber den wahren Willen des Verleihenden zur Geltung zu bringen, und hier um so mehr, als sie es regelmäßig mit einer letztwilligen Verleihung zu thun haben wird[3]. In diesem Sinne

---

* Inst. 2. 5 D. 7. 8 de usu et habitatione. — Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach römischem Recht (1861) (Darüber Scheurl in der krit. VJSchr. III S. 298—309.) Glück IX. S. 430 fg.; Böcking §. 167, Sintenis I §. 60.

§. 207. [1] L. 2 pr. D. h. t. „Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest". L. 1 §. 1 eod.: „nudus usus, i. e. sine fructu". L. 12 §. 3 l. 14 pr. eod.

[2] §. 1—3 I. h. t., l. 8 pr. l. 11. 12 §. 6 D. h. t.

[3] S. §. 84 Note 7. 11. L. 12 §. 2 D. h. t.: — „neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum"; l. 4 pr. eod.: — „non erit ei invidendum".

geben die Quellen folgende Entscheidungen. Derjenige, welchem der Gebrauch eines Hauses hinterlassen worden ist, darf nicht bloß selbst in dem Hause wohnen, sondern er darf auch seine Familie, so wie die sonst zu ihm gehörigen Personen, ja selbst einen Gast, darin aufnehmen; er darf sogar das ihm Ueberflüssige vermiethen[4]. Ist Jemandem der Gebrauch eines Landgutes vermacht worden, so hat er nicht bloß die Befugniß, dasselbe zu bewohnen, sondern auch die Befugniß, von den Früchten desselben für sein und der Seinigen und seiner Gäste Bedürfniß zu nehmen[5]. Das Vermächtniß des Gebrauches an einem Wald wird geradezu als Nießbrauch ausgelegt, weil an einem Walde ein bloßer Gebrauch nicht möglich ist[6].

---

[4] L. 2 §. 1 — l. 8 D. h. t., vgl. auch l. 9 eod. L. 4 §. 1 cit. „Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo".

[5] L. 10 §. 4 — l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

[6] L. 22 pr. D. h. t. „D. Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato". Auch der usus verbrauchbarer Sachen wird vom usufructus nicht unterschieden, l. 5 §. 2 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. — Außer den im Vorigen genannten Entscheidungen ist noch die der l. 12 §. 2 h. t. zu bemerken: wer den Gebrauch einer Schafheerde hat, darf dieselbe zum Zwecke des Düngens auf seinen Acker treiben, aber er darf auch „modicum lac" von derselben nehmen. Vgl. auch l. 12 §. 4 D. h. t. — Uebrigens ist die im Texte gegebene Erklärung der angeführten Quellenentscheidungen weit davon entfernt, die allgemein anerkannte zu sein. Von jeher hat man sich bemüht, diese Quellenentscheidungen aus dem Begriff des usus herzuleiten, und den Begriff des usus demgemäß zu bestimmen. Die früher herrschende Ansicht ging dahin, der usus unterscheide sich von dem usufructus nicht durch die Art des Nutzens, welchen er gewähre, sondern durch das Maß; der usus sei der fructus mit Beschränkung auf die Nothdurft der berechtigten Person. Dieser Ansicht trat Thibaut (Versuche I. 3 [1798]) entgegen, indem er die hier vertheidigte zur Geltung brachte. Im Princip kehrte zu der früheren Auffassung zurück Puchta (Instit. II S. 780—781. Pand. §. 179. 180), so jedoch, daß er die Beschränkung des usus nicht in die Nothdurft des Berechtigten setzte, sondern einerseits in das persönliche Bedürfniß desselben (im Gegensatz zu dem Bedürfniß anderer Personen), andererseits in den Ausschluß des Umsatzes der Nutzung in andere Werthobjecte durch Ueberlassung der Nutzung an Andere. Scheurl (Zeitschr. f. gesch. RW. XV.

Die Beschränkungen, welchen das Recht des Nießbrauches unterliegt[7], gelten noch viel mehr beim Gebrauchsrecht, und ebenso sind die mit dem Gebrauchsrecht verbundenen Verpflichtungen[8] die nämlichen, wie bei dem Nießbrauche[9]; nur trägt der Gebraucher die Kosten und Lasten der Sache bloß nach Maßgabe des Nutzens, welchen er von der Sache hat[10]. Endlich ist auch die Cautionspflicht die gleiche[11].

---

2 [1850]) suchte die Scheidung zwischen usus und fructus darin, daß der erste den Erwerb der Früchte zu bleibendem Gewinn ausschließe (vgl. namentlich S. 34. 41). Damit stimmt in der Sache Elvers a. a. O. überein; über die Auffassung Böcking's s. denselben II S. 236—239 und §. 167. Der neueste hierher gehörige Versuch ist in der oben angeführten Schrift von Bechmann enthalten; nach diesem Schriftsteller liegt das Wesen des usus darin, daß er den Erwerb des Eigenthums an den Früchten ausschließt, nicht aber den Verbrauch derselben, und dieser Ansicht ist auch Scheurl in der Recension jener Schrift (s. ob.) beigetreten. Meiner Ansicht nach reichen alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht aus, wie denn auch namentlich Bechmann den muthmaßlichen Willen des Verleihenden in ausgedehntem Maße zur Hülfe nimmt (vgl. §. 11. 13, und zu S. 51 fg. Scheurl Rec. S. 303 ob.). Uebereinstimmend mit dem hier Gesagten Arndts §. 182 Anm. 2, Rudorff zu Puchta §. 180. b, und im Wesentlichen, obgleich er es für ungenügend erklärt, auch Schönemann §. 11. 12. 25. — Faßt man das Gebrauchsrecht auf, wie hier geschehen, so ist auch die oft aufgeworfene Frage erledigt, ob die römische Lehre vom usus heutzutage noch praktisch sei. Sie wäre es nicht, wenn nach der hier verworfenen Ansicht der römische Ausdruck usus irgend einen besonderen Sinn hätte, welcher dem deutschen Ausdruck Gebrauch nicht entspräche; sie ist praktisch, weil die Römer unter Gebrauch nichts Anderes verstehen, als wir unter usus, und daher auch die Auslegung des deutschen Ausdrucks zu keinen andern Resultaten führt, als die des römischen. Vgl. über diese Frage Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 fg., Puchta §. 180. a, Arndts §. 182 Anm. 3. 4, Sintenis I §. 60 Note 2, Bechmann S. 86 fg., Cohnfeld irreguläre Servituten S. 31.

[7] S. §. 203 Note 10—14.

[8] S. §. 204 Note 2. 3. 5.

[9] Beides geht schon daraus hervor, daß die von dem Gebraucher zu leistende cautio denselben Inhalt hat, wie die des Nießbrauchers, l. 5 §. 1 l. 11 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. überdieß l. 15 §. 1 l. 22 §. 2 l. 23 D. h. t., l. 13 §. 2 i. f. D. de usufr. 7. 1.

[10] L. 18 D. h. t.

[11] S. Note 9.

Im Gegensatz zum Nießbrauch ist das Gebrauchsrecht ein untheilbares Recht[12].

## Habitatio und operae*.

### §. 208.

Das römische Recht enthält den Satz, daß, wenn Jemandem eine „habitatio" vermacht worden sei, das ihm verliehene Recht weder durchaus nach den Grundsätzen des Nießbrauches, noch durchaus nach denen des Gebrauchsrechts beurtheilt werden dürfe; der Berechtigte habe die Befugniß, zu wohnen, aber auch zu vermiethen, nur nicht unentgeltlich die Wohnung zu überlassen[1], und verliere sein Recht nicht durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio)[2]. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den Fall des Vermächtnisses einer „Wohnung", „freier Wohnung", wird nicht bestritten werden dürfen[3], insofern der Grund derselben ohne Zweifel in der Alimentennatur liegt, welche eine solche Verleihung auch bei uns regelmäßig haben wird[4].

---

[12] L. 19 D. h. t. „Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus". Das Gebrauchsrecht ist deßwegen untheilbar, weil es weder einen theilbaren Ertrag gewährt, noch in Geld umgesetzt werden kann. Vgl. §. 205 zweit. Absatz, Bechmann S. 90—100 und dazu Scheurl Rec. S. 306, Siebenhaar Correalobligat. S. 189 fg.

* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1814). Elvers §. 60. 61. Glück IX S. 455 fg.; Böcking §. 168, Sintenis I S. 566.

[1] §. 5 I. de usu et hab. 2. 5, l. 13 C. de usufr. et hab. 3. 33, l. 10 pr. §. 2. 3 D. de usu et hab. 7. 8. §. 208.

[2] L. 10 pr. D. cit., l. 10 D. de cap. dim. 4. 5. — Im Uebrigen sind die Grundsätze die gleichen. Vgl. l. 5 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[3] A. M. Sintenis a. a. O., Puchta §. 179 a. E.

[4] D. h. es soll damit einem unentbehrlichen Lebensbedürfniß abgeholfen werden. S. Savigny II S. 110—113 und l. 8 pr. §. 1 D. de transact. 2. 15, auch l. 10 D. de cap. min. 4. 5. — In den früheren Ausgaben dieses Lehrbuches war die heutige Anwendbarkeit nur für die zweite der genannten Bestimmungen in Anspruch genommen worden. Aber wie, wenn die vermachte „freie Wohnung" weit über die Verhältnisse und Lebensgewohnheiten des Bedachten hinausgeht, sollte es dann nicht im Sinne des Erblassers liegen, daß derselbe sich durch Vermiethung die Mittel zur Befriedigung anderer,

In gleicher Weise läßt das römische Recht durch das Vermächtniß der Dienste eines (Sclaven oder) Thieres[5] eine persönliche Dienstbarkeit besonderer Art[6] entstehen. Der Berechtigte soll die Dienste nicht bloß selbst benützen, sondern auch vermiethen dürfen[7], ohne daß ihm unentgeltliche Ueberlassung untersagt wäre; Untergang durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio) ist auch hier ausgeschlossen[8]. Heutzutage wird dem Vermächtnisse der Dienste eines Thieres keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfen, als dem Vermächtniß des Gebrauchs eines Thieres[9].

## B. Die Grunddienstbarkeiten*.

### 1. Allgemeines**.

### §. 209.

1. Eine Grunddienstbarkeit ist diejenige Dienstbarkeit, welche bestimmt ist, den Interessen eines Grundstücks zu dienen (§. 201

---

vielleicht nicht minder dringender Bedürfnisse verschaffen könne? Uebrigens will Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 342 fg. in l. 10 pr. D. h. t. „donare" verändern in „locare".

[5] L. 5 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

[6] L. 1 §. 9 D. ad leg. Falc. 35. 2: — „operis servi legatis, cum neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur . .". Vgl. aber auch l. 5 D. de op. servi 7. 7. Mommsen in seiner Ausgabe streicht in l. 1 §. 9 cit. das erste neque.

[7] L. 2 D. de usu et usufr. 33. 2.

[8] L. 2 D. de op. servi 7. 7, l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2 — Früher lehrte man allgemein, daß das Recht auch auf die Erben des Berechtigten übergehe. Aber l. 2 D. de usu et usufr. 32. 2 sagt das nicht von dem durch das Vermächtniß zu begründenden Recht, sondern von dem Vermächtniß selbst. Buchholtz Versuche Nr. 16, Böcking §. 168 Note 39; vgl. aber auch Unterholzner Verjährungslehre II S. 207 Note *.

[9] Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 6.

* Inst. 2. 3 de servitutibus praediorum. Dig. 8. 1 de servitutibus. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 3 de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 4 communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. 3. 34 de servitutibus et aqua. — Elvers §. 15—19. 36—49. Glück X S. 1 fg.; Böcking §. 169—171, Sintenis I §. 61—63.

Num. 2). In Folge davon ist sie mit dem Grundstücke unzertrennlich verbunden, so daß sie einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden kann, andererseits mit demselben nothwendig auf jeden neuen Erwerber übergeht[1]. Kraft dieser Unzertrennlichkeit erscheint sie als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück[2]; eine andere Vorstellung, welche sich in Betreff der Grunddiestbarkeit in den Quellen findet, ist die, daß sie eine werthsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstücks sei[3].

2. Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann nur ein Grundstück sein[4]; ihren Inhalt kann nur bilden, was dem Grundstücke als solchem, nicht, was lediglich der Person des Eigenthümers von Werth ist[5]. Dem Grundstücke ist aber von Werth

---

** Zachariae in Hugo's civ. Magaz. II. 15 (1797). Schrader in seinen civilistischen Abhandlungen Nr. 5 (1816). Vangerow I §. 340.

[1] L. 36 D. de S. P. R. 8. 3, l. 47 D. de contr. emt. 18. 1, l. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. §. 209.

[2] So läßt sich verstehen l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1: — „posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit" — obgleich es doch nicht nothwendig ist, „ius" auf Eigenthumsrecht zu deuten. Jedenfalls darf man nicht glauben, daß diese Auffassung anders als vereinzelt auftrete; wäre sie unbedingt durchgeführt, so wäre damit die Grunddienstbarkeit als besonderes Rechtsverhältniß geleugnet. Deßwegen ist es gewiß irrig, wenn Bachofen Pfandrecht I S. 97 fg. die Bestimmung des Wesens der Grunddienstbarkeit daher entnimmt, daß sie eine Qualität des Eigenthums am herrschenden Grundstück sei. (Seine Meinung ist näher: sowie beim Nießbrauch das Eine Eigenthumsrecht von zwei Berechtigten ausgeübt wird [§. 200 Note 3 g. E.], so wird bei der Grunddienstbarkeit die Sache einem zweiten Eigenthumsrechte unterworfen.) Aehnlich Brinz S. 252. 253, indem er behauptet, die Grunddienstbarkeit habe als „Bestandtheil eines Grundeigenthums" „in Wesen und Inhalt die Art des Eigenthums"; wäre das wirklich der Fall, so müßte sie auch z. B. durch Nichtgebrauch nicht untergehen.

[3] L. 86 D. de V. S. 50. 16. „Quid aliter sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo". L. 12 D. quemadm. serv. 8. 6.

[4] Es wird in den Quellen bezeichnet als praedium quod servitutem debet, praedium serviens, servum (z. B. l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1).

[5] L. 8 pr. l. 15 pr. D. de serv. 8. 1, l. 19 D. eod. Dem Grundstücke als solchem ist von Werth, was „praedii meliorem causam [facit]" (l. 6

nicht bloß, was ihm nutzt, sondern auch, was seine Annehmlichkeit steigert[6].

3. Auch was dem Grundstück von Werth ist, kann nicht ohne Ausnahme den Inhalt einer Grundienstbarkeit bilden, sondern nur dasjenige, was ein dauerndes Interesse desselben zu befriedigen geeignet ist[7]. In gleicher Weise muß auch die Kraft des dienenden Grundstücks, durch welche das Bedürfniß des herrschenden befriedigt wird, eine dauernde sein[8].

---

§. 1 D. de S. P. R. 8. 3), d. h. was den Gebrauch und die Benützung desselben fördert oder annehmlicher macht (Note 6). Wo hier die Grenze ist, kann im einzelnen Falle schwer zu bestimmen sein, und so läßt sich z. B. wohl bezweifeln, ob die in l. 8 pr. cit. genannten Beispiele unzulässiger Grunddienstbarkeiten („ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cenare in alieno possimus") auch für das heutige Recht unmittelbar maßgebend seien. Wird nicht das Bewohnen eines Hauses durch das Recht auf Benützung eines benachbarten Gartens annehmlicher gemacht, und dadurch sogar der Miethwerth des Hauses gesteigert? Anders freilich, wenn man sich Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts in Verbindung mit einem zur Fruchterzeugung bestimmten Grundstück denkt. Vielleicht hat l. 8 cit. nur diesen Fall im Auge gehabt. Vgl. Vangerow I §. 338 Anm. 2 Nr. 4. §. 340 Anm. 1, Elvers §. 16. Seuffert Arch. V. 142, VIII. 17, XXV. 220. Ueber l. 19 D. cit. vgl. Vangerow a. a. O., neuerdings einerseits Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 558, andererseits Mommsen in seiner Ausgabe ad. h. l.

[6] L. 3 pr. D. de aqua quot. 43. 20, vgl. l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5. Thibaut Versuche I. 1.

[7] L. 28 D. de S. P. U. 8. 2. „Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur .... Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet". Vgl. l. 29 eod. Andere verstehen allerdings die l. 28 nicht von einer Dienstbarkeit, das Wasser auf des Nachbarn Grundstück ablaufen zu lassen, sondern umgekehrt von einer Dienstbarkeit auf Bezug des Wassers aus dem benachbarten Grundstück, oder von einer Dienstbarkeit auf Fortbestehen der Abflußöffnung (so daß das Grundstück, welches nach unserer Auffassung das herrschende ist, zum dienenden wird). Vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 312—316, Elvers S. 152—158, Böcking §. 162 Note 54, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 263. Hesse Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I S. 35 fg., Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. a.

[8] Die in der vorigen Note nicht abgedruckten Worte der citirten l. 28

4. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit eines solchen räumlichen Verhältnisses zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück, daß das eine zu den Zwecken des andern benützt werden kann[9].

---

lauten: „Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest". L. 1 §. 5 D. de aqua 43. 20, l. 1 §. 4 (vgl. §. 1) D. de fonte 43. 22, l. 23 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3; l. 9 D. eod. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4. Schrader a. a. O. S. 306—312. 317—318, Elvers S. 158—165, Schmidt (von Ilmenau) a. a. O. S. 262. 264, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. b. — Die heutige Anwendbarkeit der in dieser und der vorigen Note besprochenen Sätze ist vielfach angezweifelt worden, und namentlich hat sich Schmidt a. a. O. S. 264 auf das Lebhafteste dagegen erklärt. Er scheint mir zu weit zu gehen. Das Princip, daß dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung eines nicht dauernden Interesse oder Benützung einer nicht dauerden Kraft handelt, daß man sich in diesem Falle auf obligatorischem Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkennenswerthes zu sein, und keineswegs „ein Hemmniß der gesunden Entwicklung des Rechts". Nur wird man freilich bei der Durchführung dieses Princips an den Begriff der Dauer mehr oder minder strenge Aufforderungen stellen können, und hier scheint mir der Punkt zu sein, wo die Praxis, gestützt darauf, daß sich bereits in dem römischen Recht eine Entwickelung bemerklich macht (l. 9 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4), ein gutes Recht zu einer freieren Bewegung hat. So würde ich keinen Anstand nehmen, die specielle in dem ersten Theil der l. 28 D. de S. P. U. 8. 2 (Note 7) enthaltene Entscheidung für heutige Wohngebäude nicht zur Anwendung zu bringen; Wegschaffung des zur Reinigung der Gemächer gebrauchten Wassers ist ein Interesse, welches nicht heute oder morgen, sondern jeden Tag da ist. Aber wie wäre es z. B. wenn ein Eigenthümer, welcher Astronomie treibt, das Recht, auf des Nachbarn Grund und Boden astronomische Instrumente aufzustellen, als Grunddienstbarkeit erwerben wollte? Er würde immerhin sagen dürfen, daß durch dieses Recht der Gebrauch des Hauses ein annehmlicherer werde; aber er würde sich die Antwort gefallen lassen müssen, daß nicht abzusehen sei, wann sich nach ihm diese Annehmlichkeit wieder geltend machen werde. Das OAG. zu Cassel hat im Jahre 1854 entschieden (Seuff. Arch. VIII. 17), daß eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstück bestellt werden könne, „sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann". Vgl. auch Seuff. Arch. XXVI. 109.

[9] Nichts Anderes wollen die Quellen sagen, wenn sie für die Grunddienstbarkeit das Erforderniß eines „fundus vicinus" aufstellen. L. 5 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 §. 3 D. de

5. Das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks ist bestimmend nicht bloß für den Inhalt der Dienstbarkeit, sondern auch für das Maß ihrer Ausübung[10]. Außerdem aber gilt für die Ausübung der Dienstbarkeit der Grundsatz, daß die Ausübung mit möglichster Schonung des Eigenthums zu geschehen hat[11].

6. Die Grunddienstbarkeit nimmt, wie die persönliche, dem Eigenthümer keine Befugniß, deren Ausübung der Dienstbarkeit nicht hinderlich ist[12], daher auch an und für sich nicht die Be-

---

alim. leg. 34. 1; l. 8 pr. D. de O. N. N. 39. 1; l. 38. 39 D. de S. P. U. 8. 2, l. 5. 6 pr. D. si serv. vind. 8. 5; l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1, l. 1 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 §. 2 D. de aqua et aquae 39. 3; l. 17 §. 3. 4 eod., l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 23 §. 3 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 7 §. 1 eod.; l. 17 §. 2. 3 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 38 D. de S. P. R. 8. 3. Elvers §. 18, Schrader S. 321—334, Sintenis I §. 61 Anm. 8, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2. Vgl. Seuff. Arch. XIX. 20, XX. 107. — Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 553 hat eine ältere Meinung wieder aufgenommen, wonach bei reservirten Dienstbarkeiten (§. 212 Anm. 7) das Erforderniß der Vicinität nicht gelten soll. Diese Meinung stützt sich auf l. 6 pr. D. comm. praed. 8. 4, die aber nicht bloß von reservirten Dienstbarkeiten spricht. Die Stelle will sagen, daß die Grundstücke nicht aneinander zu stoßen brauchen. S. Vangerow a. a. O. a. E. und die das. Citirten.

[10] L. 5 §. 1 l. 6 D. de S. P. R. 8. 3, l. 24. 33 §. 1 eod. L. 5 §. 1 cit. „Neratius . . dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit". L. 6 pr. cit. „Veluti si figlinas haberet, in quibusea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulae ad villam adificandam. Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usufructus erit". Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1. Seuff. Arch. V. 142, XX. 108, XXI. 20, XXII. 119 (S. 179), XXIII. 16, XXIV. 15.

[11] Civiliter, wie die Quellen sagen. So darf, wer eine Wegegerechtigkeit hat, nicht „per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere . . cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento", l. 9 D. de serv. 8. 1. L. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 13 §. 1. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3 §. 5 D. de aqua quot. 43. 20. Vgl. Seuff. Arch. II. 140, VI. 7. 13, X. 15, XV. 103. 104. 203, XVI. 14, XVII. 9, XVIII. 211, XXVIII. 13.

[12] Vgl. Seuff. Arch. V. 256, IX. 269, XI. 122. 123. 124, XII. 7. 128, XIV. 210, XVIII. 211, XIX. 215. Im Besondern über die Collision zwischen Waldservituten (insbesondere Weiderecht) und Forstcultur: I. 13. 14.

fugniß zu der nämlichen Art des Gebrauches der Sache, wie diejenige ist, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt[13]. Unter der bezeichneten Voraussetzung kann der Eigenthümer auch neue Dienstbarkeiten, und auch Dienstbarkeiten der gleichen Art, an der Sache bestellen[14].

7. Die Grunddienstbarkeit ist nicht bloß dem Rechte nach von dem herrschenden Grundstücke unzertrennlich, es kann auch ihre Ausübung ohne dasselbe nicht einem Andern überlassen werden[15].

8. Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte[16], d. h. ein

182. 320, IV. 102, V. 143, VI. 314, VII. 288, IX. 185, XVII. 10, XVIII. 16. 119, XXI. 21. 22. 103, XXIV. 14, XXVII. 209.

[13] So nicht die Wegegerechtigkeit die Befugniß zum Gehen, die Weidegerechtigkeit nicht die Befugniß, eigenes Vieh auf die Weide zu treiben. Reichen aber die Kräfte der dienenden Sache zur Befriedigung Beider, des Eigenthümers und des Dienstbarkeitsberechtigten, nicht aus, so steht der Eigenthümer zurück, und es tritt nicht etwa Theilung zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein. Das Gegentheil ist namentlich für die Weidegerechtigkeit ohne Grund behauptet worden; s. dagegen Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 4.

[14] L. 12 §. 1. 2 l. 14 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 D. de aqua quot. 43. 20. Seuff. Arch. XXII. 119 (S.177).

[15] L. 44 D. loc. 19. 2. „Locare servitutem nemo potest". L. 24 D. de S. P. R. 8. 3. Seuff. Arch. XIV. 12, XXII. 119 (S. 179). Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I S.252 fg.

[16] L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 7 D. de serv. leg. 33. 3, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 2 §. 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4, Fragm. S. Pomponii im Bonner Corpus iuris p. 168 und bei Huschke p. 73 (2. Ausg. p. 80.) „Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat". Der Grund der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten ist der gleiche, wie beim Gebrauchsrecht; sie können weder in Geld umgesetzt werden, noch gewähren sie einen reell theilbaren Ertrag (vgl. §. 207 Note 12 und §. 205 zweit. Abs.). Einen reell theilbaren Ertrag gewähren auch diejenigen Grunddienstbarkeiten nicht, welche auf Beziehung eines gewissen Maßes von Früchten des dienenden Grundstücks gehen, weil das Bezogene zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden muß. — Vgl. über diese Lehre Schrader a. a. O. S. 284—306, Schönemann a. a. O. S. 110—114, Böcking §. 162. f—k, Brinz §. 76, Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 1; sodann die Abhandlung von Kori in Elvers Themis I. 17 (1828) und die Inauguraldissertationen von Uhland (Tübingen 1810), Girtanner (Heidelberg 1847) und Heinzelmann (München 1854; dazu Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 546 fg.); ferner die Schriften über

Bruchtheil einer Grunddienstbarkeit ist ein Ding ohne rechtliche Existenz, so daß ein solcher Bruchtheil weder erworben[17], noch verloren werden[18] kann. Wird das herrschende Grundstück getheilt, so folgt die Dienstbarkeit ungetheilt einem jeden der neu entstandenen Grundstücke[19].

## §. 210.

Das Grundstück, dessen Bedürfnisse die Grunddienstbarkeit zu befriedigen bestimmt ist, kann entweder ein Feld= oder ein Gebäudegrundstück sein. Da die Bedürfnisse eines Feldgrundstücks im Ganzen andere sind, als die eines Gebäudegrundstücks, so werden die an Feldgrundstücke angeknüpften Dienstbarkeiten regelmäßig einen andern Inhalt haben, als die an Gebäude-

---

Untheilbarkeit der Obligationen von Rubo (1822) S. 39 fg., von Scheurl (Inauguralabhandl. 1835) S. 60 fg., Ubbelohde (1862) §. 2. 8; endlich Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 128—170, Siebenhaar Correalobligat. S. 195 fg.

[17] Servitus per partes adquiri non potest, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4. Daher ist Bestellung einer Dienstbarkeit durch einen der mehreren Miteigenthümer des dienenden Grundstücks ganz nichtig; ebenso aber auch der Erwerb durch einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden. L. 11. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 5. 6 §. 1 l. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5, l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. Weil eine Dienstbarkeit zu einem Bruchtheil nicht geleistet werden kann, ist auch eine Obligation auf eine solche Leistung nichtig, l. 11. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 §. 1 l. 72 pr. l. 136 §. 1 l. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1.

[18] Servitus per partes retinetur, l. 8 §. 1 de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist der Verzicht des einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks ganz wirkungslos, und schadet es nicht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden wird, oder der Eigenthümer des dienenden Miteigenthümer des herrschenden, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 27. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist ferner ganz wirkungslos der theilweise Erlaß der Obligation auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4. Ferner: durch die Anwendung der lex Falcidia kann das Vermächtniß einer Grunddienstbarkeit nicht theilweise gemindert werden, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2.

[19] L. 23 §. 3 l. 25 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 Vgl. außer den oben Citirten noch Elvers §. 11. Seuff. Arch. XVIII

grundstücke angeknüpften, ohne daß Uebereinstimmung des Inhalts absolut ausgeschlossen wäre[1]. Jenachdem der Inhalt einer Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken, wird sie selbst passend als Feld- oder Gebäudedienstbarkeit bezeichnet[2]. — Mit Zugrundelegung dieser Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen

---

18. vgl. 19. 20, XXII. 119 (S. 178. 179). Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 23 (= Seuff. Arch. XXVIII. 109).

§. 210. [1] Die Wegegerechtigkeiten z. B. werden regelmäßig Feldgrundstücken zustehen, nicht Gebäudegrundstücken, da die letzteren mit seltenen Ausnahmen an der öffentlichen Straße liegen werden; aber das Gegentheil ist doch nicht ausgeschlossen, und daher eine Wegegerechtigkeit möglich auch bei Gebäudegrundstücken, wie sie denn bei solchen in den Quellen wirklich erwähnt wird (l. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4). Ebenso verhält es sich mit der Wasserleitungsgerechtigkeit (l. 1. §. 11 D. de aqua quot. 43. 20 [über l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 s. die folgende Note]). Umgekehrt wird z. B. das Recht, einen Bau auf dem benachbarten Grundstück untersagen zu dürfen (servitus non altius tollendi), regelmäßig nur als Recht eines Gebäudegrundstücks auftreten; aber es ist nicht abzusehen, warum nicht auch der Eigenthümer eines Feldgrundstücks für dasselbe ein solches Recht sollte erwerben können, wenn durch den Bau ihm Sonne oder Licht würde entzogen werden.

[2] In den Quellen finden sich die Ausdrücke: servitutes praediorum rusticorum — urbanorum, oder auch kürzer: servitutes rusticae — urbanae. Ob aber diese Ausdrücke den im Texte bezeichneten Begriffen entsprechen, ist bestritten, und nicht unzweifelhaft. Zwar die früher von Manchen (vgl. Glück IX S. 21) vertheidigte Meinung, daß diese Ausdrücke von der Qualität des dienenden, nicht des herrschenden Grundstücks hergenommen seien, ist jetzt fast vollständig aufgegeben (vgl. jedoch Luden Lehre von den Servituten §. 15). Dagegen wird auch heutzutage noch ein lebhafter Streit darüber geführt, ob diese Ausdrücke bloß die Thatsache, daß eine Dienstbarkeit einem Feld- oder einem Gebäudegrundstück zusteht, oder ob sie eine gewisse Verschiedenheit des Inhalts der Dienstbarkeit bezeichnen wollen. Die erste Meinung, von welcher wohl die Meisten ausgehen, wenn sie dieselbe auch nicht immer durchführen, ist in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit von Böcking (§. 161. e—g. Note 31 und Anh. I) vertheidigt worden, und die gleiche Ansicht vertritt auch Brinz §. 70 und der Verfasser der jüngsten Abhandlung über diesen Gegenstand, Kindervater in Jahrb. d. gem. R. VI. 4 (1862, dieser Letztere jedoch mit einer bedeutenden Schwenkung, S. 138. 139). Nach dieser Ansicht wäre z. B. eine Wegegerechtigkeit servitus praedii rustici, wenn sie einem Feldgrundstück, servitus praedii urbani, wenn sie einem Gebäudegrundstück zusteht. Zu der entgegengesetzten Meinung bekennt sich namentlich Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II, indem er nach dem Vorgang Aelterer

Grunddienstbarkeiten gehandelt werden. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dieß nur in dem Sinne geschehen kann, um auf die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Grunddienstbarkeiten aufmerksam zu machen, nicht aber in dem Sinne, als sollten alle möglichen aufgezählt werden. Eine vollständige Aufzählung aller möglichen Grunddienstbarkeiten läßt sich gar nicht geben, da es der Privatwillkür unbenommen bleibt, innerhalb der gesetzlichen Schranken an neuen Dienstbarkeiten zu erfinden, was ihr passend erscheint.

---

(namentlich Stever de servitutibus praediorum I §. 8. 9 [1817]) den Satz aufstellt, servitutes rusticae seien diejenigen, welche das Recht zu einem facere, servitutes urbanae diejenigen, welche das Recht zu einem habere (z. B. servitus tigni immittendi) oder zu einem prohibere gäben (genau genommen sagt Vangerow nicht sowohl, daß die servitutes rusticae und urbanae Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts seien, als vielmehr, daß sie mit den Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts „zusammenfallen").
Ferner gehört hierher v. d. Pfordten (Arch. f. civ. Pr. XXII. 2 [1839]), welchem im Wesentlichen Sintenis I §. 61 Note 14 gefolgt ist; nach diesen Schriftstellern ist servitus praedii urbani diejenige, welche ihrem Inhalt nach ein Gebäude, gleichviel übrigens ob als herrschendes oder dienendes Grundstück, voraussetzt, servitus praedii rustici diejenige, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen kann. Vgl. auch Jhering Geist des röm. R. II S. 235 Note 358 (in der 2. Ausg. S. 315 Note 257). — Meiner Meinung nach gewähren die Quellen ein ganz unzweifelhaftes Resultat nicht. Während Stellen, wie §. 1. 3 I. de serv. 2. 3, l. 1 D. eod., l. 1 §. 1 D. comm. praed. 8. 4 jeden Gedanken daran, daß die Qualität des dienenden Grundstücks entscheidend sei, ausschließen, kann l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden, als daß es gerade auf dieses ankomme, und während pr. §. 2 I. de serv. 2. 3 die Dienstbarkeiten geradezu nach ihrem Inhalt in die verschiedenen Klassen einordnen, bezeichnet l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3 als servitutes praediorum rusticorum solche, welche nach jener Einordnung servitutes praediorum urbanorum sind, so daß der Sinn dieser Stelle nur der sein kann, diese Dienstbarkeiten könnten auch Feldgrundstücken zustehen, und demgemäß auch servitutes praediorum rusticorum sein, vgl. auch l. 1 pr. §. 1 D. de itinere 43. 19. Hiernach wird man zugeben müssen, daß die fraglichen Ausdrücke in den Quellen in wechselndem Sinne gebraucht werden, und so bin ich auch weit davon entfernt, sie als technische quellenmäßige Bezeichnungen für die im Texte aufgestellten Begriffe in Anspruch zu nehmen; ich behaupte nur, daß sie passende Bezeichnungen für diese Begriffe sind, und daß es den römischen Juristen nahe liegen mußte, diese Begriffe durch sie zu bezeichnen. Uebrigens könnte die ganze Frage nach der Bedeutung dieser Ausdrücke füglich auf sich beruhen bleiben, wenn sich

## 2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten*.

### a. Felddienstbarkeiten*.

### §. 211.

Unter den Felddienstbarkeiten sind die wichtigsten die Wege-, die Wasser- und die Weidegerechtigkeiten. — Unter den Wegegerechtigkeiten[1] ist der Hauptunterschied der, ob sie das Recht auf eine hergerichtete Straße gewähren[2], so daß ein Theil des dienenden Grundstücks jeder sonstigen Benützung entzogen wird, oder ob sie das Recht auf eine solche Ausscheidung eines Theils des dienenden Grundstücks nicht gewähren. In dem einen und dem andern Fall kann der Umfang, in welchem die Benützung des

---

nicht an den Gegensatz zwischen den servitutes praediorum rusticorum und urbanorum auch eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung anknüpfte, was zwar Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (1844) und nach ihm Elvers §. 37—40 leugnen, aber, wie sich unten (§. 216) zeigen wird, mit Unrecht. Wo nun ein Rechtssatz auftritt, welcher nur für die eine Klasse gelten will, und nicht für die andere, ist es freilich nothwendig, genau zu bestimmen, welche Dienstbarkeiten zu der einen und welche zu der andern gehören; aber es liegt auf der Hand, daß die Lösung dieser Aufgabe in fruchtbringender Weise eben auch nur mit Rücksicht auf die Besonderheit des betreffenden Rechtssatzes unternommen werden kann. — Mit der hier vertheidigten Auffassung hängt es auch zusammen, wenn man früher von unregelmäßigen Prädialservituten sprach, und lehrte, daß eine serv. praedii rustici auch als serv. praedii urbani auftreten könne, und umgekehrt; mit dem Einen und dem Andern meinte man, daß eine Servitut, welche gewöhnlich nur Feldgrundstücken zustehe, und deßwegen serv. praedii rustici sei, auch bei Gebäudegrundstücken vorkommen könne, und umgekehrt. Vgl. R. Cohnfeldt die s. g. irregulären Servituten nach Römischem Recht (1862) S. 81 fg.

* Dig. 8. 3 de servitutibus praediorum. — Elvers §. 42—44. Glück X S. 139—205; Böcking II §. 170, Sintenis I §. 68, Vangerow I §. 341.

[1] Puchta über die Wegservituten des römischen Rechts, civilistische Abhandlungen Nr. 3 und kl. civil. Schriften Nr. 4 (1832), Elvers §. 42, Keller §. 165, Holzschuher II §. 113. Vgl. zu dem Folgenden: pr. I de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 7 pr. D. h. t., l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4, l. 4 §. 1 l. 5 §. 1 de serv. 8. 1, l. 14 C. eod. 3. 34. Ueber l. 4 §. 1 D. si serv. 8. 5 und l. 1 D. de adim. leg. 34. 4 s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Böcking a. a. O. Note 21. §. 211.

[2] Eine hergerichtete Straße nennen die Römer via.

fremden Raums gestattet ist, ein verschiedener sein; maßgebend für diesen Umfang ist die Willenserklärung, durch welche die Dienstbarkeit begründet worden ist[3], im Fall der Begründung der Dienstbarkeit durch Verjährung die Thatsache der Ausübung. Ist bei der Verleihung einer Straße deren Breite nicht bestimmt worden, so kann nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts eine Straße gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 (römische Fuß) breit ist[4]. Auch an einer Wasserfläche kann eine Wegegerechtigkeit stattfinden[5]. — Als Formen der Wassergerechtigkeiten werden in den Quellen erwähnt: die Wasserleitungs-[6], die Wasserschöpf-[7], die Viehtränkgerechtigkeit[8].

---

[3] Diese Willenserklärung muß in Gemäßheit der allgemeinen Regeln (§. 84) ausgelegt werden. Steht es fest, daß eine Straße gemeint ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieselbe zu jedem Gebrauch hat eingeräumt werden sollen, zu welchem Straßen benützt zu werden pflegen, also nicht bloß zum Gehen, sondern auch zum Reiten, Fahren, Viehtreiben. Die Quellen heben noch ausdrücklich hervor das Recht zum trahere (z. B. Steine und Balken) und hastam rectam ferre (darüber Vangerow a. a. O. Nr. 3. b und die daselbst Citirten, Böcking a. a. O. Note 29). Ist eine Straße nicht gemeint, so hängt es von den gebrauchten Ausdrücken (Fußweg, Fahrweg, Viehtrift rc.) ab, wie weit die Befugniß des Berechtigten geht. Die römischen Bestimmungen über den Inhalt von „iter“ und „actus“, daß im iter auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, im actus auch das Recht, mit Wagen zu fahren, enthalten sei, sind als solche heutzutage unanwendbar; für uns kann nur die Willensmeinung des Verleihenden entscheidend sein, und wer möchte z. B. behaupten, daß der einen „Fußweg“ Einräumende im Zweifel auch das Recht zu reiten haben verleihen wollen? Doch sind die Meinungen hierüber getheilt. Vgl. Sommer Arch. f. civ. Pr. III. 20 (1820), Gensler das. IV. 20 (1821), Seuffert Erörterungen II S. 56. 57. S. IV—XIV (1821), Puchta §. 185. f, Arndts §. 186 Anm. 2. a, Keller S. 322, Sintenis I §. 63 Note 14—16, Vangerow a. a. O. Nr. 4 a. E. Seuff. Arch. I. 180, IV. 13, V. 5, X. 136, XII. 127, XVII. 213, XVIII. 121.

[4] L. 8. 13 §. 2. 3 l. 23 pr. D. h. t.

[5] Servitus navigandi, l. 23 §. 1 D. h. t.

[6] Servitus aquaeductus s. aquae ducendae (pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. h. t.), entweder nur als Recht, ein fremdes Grundstück zur Leitung des Wassers zu benützen (iter aquae), oder auch als Recht, das auf fremdem Grundstück befindliche Wasser auf unser Grundstück herüberzuleiten, l. 15. 21. 22 D. h. t., l. 8. 17 pr. §. 1 D. de aqua et aquae 39. 3, Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva. Ueber die Wassergerechtigkeiten vgl. Keller §. 166.

[7] Servitus aquae haustus s. aquae hauriendae, §. 2 I. de serv. 2. 3,

— Die Weidegerechtigkeit hat ihre besondere Wichtigkeit und so auch ihre besondere rechtliche Ausbildung erst in Deutschland erhalten[9]; im römischen Recht tritt sie keineswegs in den Vordergrund[10].

Andere in den Quellen erwähnte Felddienstbarkeiten sind: das Recht, Holz, Steine, Kalk, Sand, Kreide ꝛc. ꝛc. zum Bedarf des herrschenden Grundstücks von dem dienenden zu nehmen[11]; das Recht, das fremde Grundstück zum Einsammeln der Früchte, zum Ablagern von Erde, Steinen u. dgl., zur Ableitung von Wasser, zu benützen, auf demselben eine Hütte zu haben[12].

### b. Gebäudedienstbarkeiten*.

### §. 211a.

Gebäudedienstbarkeiten sind: das Recht, das von dem Dache abfließende Regenwasser auf das benachbarte Grundstück abfallen zu lassen, in Tropfen oder zusammengefaßt in einem Strahle[1]; das Recht, sein Gebäude in den Raum, welcher über des Nachbarn Grundstück sich befindet, hineinragen zu lassen, z. B. durch

---

l. 1 §. 1 l. 2 §. 1. 2 l. 3 §. 3 l. 5 §. 1 l. 9. 20 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1.

[8] Servitus pecoris ad aquam appulsus s. appellendi, §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 4. 5 §. 1 l. 6 i. f. D. h. t., l. 1 §. 18 D. de aqua quot. 43. 20.

[9] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechtes von Eichhorn §. 179—182, Mittermaier I §. 168—170, Gerber §. 145. 146, Beseler §. 193, Holzschuher II §. 114. Roth Bayr. Civilr. II §. 163.

[10] Erwähnt wird sie (servitus pascendi s. pascui) in §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1. §. 1 l. 8 pr. l. 4 l. 6 §. 1 D. h. t.

[11] §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 §. 1. 2 l. 6 §. 1 l. 29 D. h. t., l. 2 §. 10 D. de aqua et aquae 39. 3. — Die in l. 15 pr. D. de serv. 8. 1 genannte Dienstbarkeit: „ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia“ (vgl. l. 1. §. 28 D. de aqua quot. 43. 20), wird nicht ausdrücklich als Felddienstbarkeit, bezeichnet, und kann wenigstens ebenso gut als Gebäudedienstbarkeit (zum Schutze eines zu einem Hause gehörigen Brunnens) vorkommen.

* Dig 8. 2. de servitutibus praediorum urbanorum. — Elvers §. 45—49. Glück X S. 68—138; Böcking II §. 171, Sintenis I §. 62, Vangerow I §. 342.

[1] Servitus stillicidii, fluminis, — stillicidii, fluminis immittendi, avertendi, excipiendi, recipiendi, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 2 l. 17 §. 3 l. 20 pr. §. 2—6 l. 21 l. 28 D. h. t., l. 9 pr. l. 16 D. si serv. 8. 5, l. 8 D. quib. mod. serv. 8. 6.

§. 211a.

ein Vordach, einen Balcon[2] 2c. 2c.; das Recht, sein Gebäude auf ein benachbartes Gebäude, Mauer, Säule 2c. 2c. zu stützen[3]; das Recht, den Unrath aus seinem Gebäude durch einen Abzugs-

---

[2] Servitus protegendi, proiciendi, l. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 242 §. 1 D. de V. S. 50. 16.

[3] Servitus tigni (vgl. l. 62 D. de V. S. 50. 16) immittendi, tignum immissum habendi, l. 1 pr. l. 2. 6. 20 pr. l. 25 pr. l. 27 pr. D. h. t., l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5. Eine Pflicht des Nachbarn, das tragende Bauwerk in gutem Stand zu erhalten, ist dadurch nicht begründet (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5); allerdings aber kann dieselbe durch besondere Bestimmung bei der Bestellung der Dienstbarkeit begründet werden. In diesem Falle sprechen die Römer von einer servitus oneris ferendi, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 33 D. h. t., l. 6 §. 2 — l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5. Die servitus oneris ferendi hat von jeher viel Noth gemacht wegen des in derselben liegenden Widerspruchs gegen den Satz: servitus in faciendo consistere non potest (§. 201). Zwar ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei gar nicht wahr, daß hier der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtet sei; auch hier fordere die Dienstbarkeit nur ein pati, freilich kein bloßes „Balkenvorstehenlassen u. dgl.", sondern „ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden, stützenden" (so Böcking §. 160 Note 15, ähnlich Puchta Inst. II. 252. e, Sintenis I §. 57 Anm. 4). Aber das kann man doch in der That nicht anders nennen, als wie es Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 258 Note 23 wirklich nennt, „ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck". Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt weiter nichts, als von dem Eigenthümer verlangen, daß er die Mauer in Stand halte, ut faciat aliquid, und mit Recht ist Schmidt der Ansicht, daß dafür unwiderleglich die formula actionis: 'ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda' (l. 6 §. 2 D. si serv. 8. 5) spreche. Das Richtige ist gewiß allein, wie schon Andere hervorgehoben haben (vgl. außer Schmidt a. a. O. Vangerow a. a. O. Anm. 2), daß bei der servitus oneris ferendi mit dem dinglichen Recht ein obligatorisches nach Art unserer Reallasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigenthümer. Aber freilich muß man dabei anerkennen, daß die Römer dieses obligatorische Recht nicht bloß als servitus wirklich bezeichnen, sondern auch dem Rechte der servitus unterwerfen, obgleich sie sich der darin liegenden Anomalie wohl bewußt sind (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5). In diesem Sinne liegt also in der servitus oneris ferendi allerdings eine Ausnahme von dem Satze: servitus in faciendo consistere non potest, nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Thun von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geben könne, sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der That Dienstbarkeit nicht ist. Nur durch diese anomale

canal über das benachbarte Grundstück hinwegzuschaffen[4]; das Recht, das benachbarte Grundstück über das gesetzliche Maß hinaus durch Rauch, hinüberfliegende Steinsplitter u. dgl. zu belästigen[5]; das Recht, einen Düngerplatz in unmittelbarer Nähe von des Nachbarn Mauer zu haben[6]; das Recht, zu verlangen, daß auf des Nachbarn Grundstück gar nicht oder nicht über eine gewisse Höhe hinaus gebaut werde[7], daß dem herrschenden Grundstück Licht[8]

---

Herbeiziehung des Rechts der Dienstbarkeit wurden die Römer auch über das Bedenken hinausgehoben, welches für sie darin liegen mußte, daß durch Privatwillkür der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks sollte verpflichtet werden können. Vgl. jetzt auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 555. — Mühlenbruch (Arch. f. civ. Pr. XIV. 24 [1831]) sucht eine Vermittelung für das Anomale der servitus oneris ferendi in dem Rechte der cautio damni infecti, welches man auf Grund des bei der Bestellung der Servitut erklärten Willens in die Servitut hineingetragen habe. Aber wenn auch das Recht der cautio damni infecti zur Erklärung der Reparaturpflicht ausreichte, so würde doch immer die Frage ungelöst bleiben, aus welchem Grunde man dieses Recht in die Servitut hineingetragen habe. Mir scheint mit dieser Erklärung ebensowenig etwas gewonnen zu sein, als wenn Elvers S. 55 fg. auszuführen sucht, daß das Charakteristische bei der servitus oneris ferendi eigentlich in dem Verbote eigenmächtiger Reparatur von Seiten des Servitutberechtigten liege, und die Pflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur nur eine Folge davon sei. — Eine gar seltsame Ansicht vertritt jetzt Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 17; er meint, mit Berufung auf l. 33 D. de S. P. U., die Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi erkläre sich aus der Schriftlichkeit des Begründungsvertrages. — Vgl. noch Seuff. Arch. XVII. 8.

[4] Servitus cloacae mittendae, l. 7 D. de serv. 8. 1, l. 1 §. 4. 6 D. de cloacis 43. 23. Seuff. Arch. IV. 209, XXI. 214.

[5] L. 8 §. 5. 7 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 169 Num. 1.

[6] L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 169 Num. 1.

[7] Servitus ne altius tollatur s. altius non tollendi, §. 1. 4 I. de serv. 2. 3, l. 2. 6. 12. 21. 32 D. h. t., l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 9 C. de serv. 3. 34.

[8] Servitus ne luminibus officiatur, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 4. 6. 15. 17 pr. — §. 2 l. 22. 23 pr. l. 31 D. h. t., l. 16 D. comm. praed. 8. 4, l. 15 D. si serv. 8. 5. — Unterschieden wird in den Quellen von der servitus ne luminibus officiatur noch die servitus luminum, welche darin bestehen soll „ut vicinus lumina nostra excipiat“, l. 4 D. h. t. Am Einfachsten wird dieß ohne Zweifel von dem Recht verstanden, in fremder Mauer ein Fenster zu haben (vgl. l. 8 C. si serv. 3. 34, auch l. 40 D. h. t., Seuff. Arch. X. 16); doch sind die Meinungen über diese Frage unendlich verschieden, s. Van-

oder Aussicht[9] nicht verbaut werde. Wenn in den Quellen auch Dienstbarkeiten gerade entgegengesetzten Inhalts genannt werden auf Höherbauen, Verbauen der Aussicht, auf Nichtabfallenlassen der Dachtraufe[10], so sind dieselben gegenüber localrechtlich begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen zu denken[11].

---

gerow a. a. O. Anm. 1, Böcking a. a. O. Note 41. — In Deutschland, wo das Recht, Fenster nach des Nachbarn Grundstück hinaus zu haben, vielfach particularrechtlich beschränkt ist (vgl. übrigens auch die nicht glossirte l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10 in §. 3), sind von Wichtigkeit auch die Dienstbarkeiten, durch welche ein weiter gehendes Fensterrecht begründet wird. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 67 Nr. 9, Beseler deutsch. Privatr. §. 93 lit. c. 3, Roth Bayr. Civilr. II S. 319 fg., Seuff. Arch. II. 139, VI. 15, XIV. 13, und über das Fensterrecht überhaupt Pfeiffer prakt. Ausführungen IV. 1, VII. 10, Stölzel Arch. f. civ. Pr. LII. 8.

[9] Servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi, §. 2 I. de act. 4. 6, l. 3. 12. 15. 16 D. h. t. Noch weiter geht die in l. 17 §. 1 D. si serv. 8. 5 erwähnte Dienstbarkeit „ut in eo loco positum habere ius Seio non esset".

[10] Servitus altius tollendi, officiendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi. Gai. II. 31. IV. 3, §. 2 I. de act. 4. 6, l. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 26 pr. D. de exc. rei iud. 44. 2.

[11] Wie die in l. 2 §. 10 D. de aqua et aquae 39. 3 erwähnte Dienstbarkeit gegenüber der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung in Betreff des Abflusses des Regenwassers. Ein die Baufreiheit beschränkendes Gesetz erließ z. B. K. Zeno für Constantinopel (l. 12 C. de aedif. priv. 8. 10), welches später von Justinian auf alle Städte des Reiches ausgedehnt wurde (l. 13 eod.). Warum die römischen Juristen bei der Auswahl ihrer Beispiele von Dienstbarkeiten nicht auch auf solche localrechtliche Bestimmungen hätten Rücksicht nehmen können, ist nicht abzusehen. Vgl. H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 396 fg., Arndts §. 185 Anm. 6 und die bei Vangerow I S. 731. 732 (834. 835) Citirten. — Andere haben für die erwähnten Dienstbarkeiten andere Erklärungen gesucht. Die verbreitetste (mehrfach auch mit der hier vertheidigten verbundene) Ansicht geht dahin, daß dieselben zu denken seien als das Resultat der (vollständigen oder, nach Andern, theilweisen) Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit des entgegengesetzten Inhalts, einer servitus altius non tollendi etc., vgl. namentlich Vangerow a. a. O. Anm. 3 und die daselbst Citirten, Elvers §. 39, Böcking §. 171. s—z. Ich will diese Auffassung nicht als unmöglich bestreiten; aber sie macht dem römischen Recht den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsrecht als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag (§. 209 Note 2), aber eine solche doch nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem

## IV. Begründung der Dienstbarkeiten.

### A. Durch den Willen des Eigenthümers*.

### §. 212.

Unter den Thatsachen, durch welche Dienstbarkeiten begründet werden, ist von vorzugsweiser Wichtigkeit die Willenserklärung des Eigenthümers. Diese Willenserklärung kann eine letztwillige oder eine Willenserklärung unter Lebenden sein; an diesem Orte ist nur von der letzteren zu handeln (vgl. §. 171).

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß eine Dienstbarkeit entstehen solle, setzt, wie die auf Eigenthumsübertragung gerichtete, damit sie ihren Zweck erreiche, eine Annahmeerklärung von Seiten desjenigen voraus, für welchen die Dienstbarkeit entstehen soll; d. h. auch hier ist ein Begründungsvertrag erforderlich. Für diesen Vertrag gilt, abgesehen von den Grundsätzen, welche für alle Verträge maßgebend sind, Folgendes.

1. Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solchen erzeugt; derselbe bedarf nicht, wie der Eigenthumsübertragungsvertrag, der Vollendung durch Besitzeinräumung[1].

---

Eigenthumsrecht ein anderer Inhalt gegeben. Deßwegen glaube ich, daß man zu dieser Erklärung (obgleich sie durch Theophilus zu §. 1 I. de serv. 2. 3 unterstützt wird) ohne Noth nicht greifen soll, welche mir nach dem oben Gesagten nicht vorzuliegen scheint. Jedenfalls wird man, wenn man dieser Ansicht huldigt, sich darüber entscheiden müssen, ob man die durch eine solche Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit begründeten Berechtigungen auch dem Rechte der Dienstbarkeiten unterwerfen, oder ob man sie sich nur formell als Dienstbarkeiten, materiell aber als „wirkliche Behauptungen der Eigenthumsfreiheit" denken will (so Böcking a. a. O. §. z). Im Grundgedanken kommt mit der hier zurückgewiesenen Ansicht die von Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII S. 255—257 aufgestellte überein, welcher die fraglichen Dienstbarkeiten auf eine vertragsmäßige Anerkennung der Eigenthumsfreiheit „in Form einer Servitutbestellung" zurückführt. H. Pernice commentationes iuris Romani duae p. 149 denkt bei der servitus altius tollendi an eine Benützung des benachbarten Hauses zum Zweck des Baues. Verschiedenes verbindet Keller §. 172. Noch andere Ansichten bei Vangerow a. a. O. Anm. 3 lit. e.

* Elvers §. 63—66. Glück IX 39 S. fg. Sintenis I S. 580—585.

[1] Dieß ist die jetzt herrschende Meinung (dafür auch die Entscheidung bei Seuff. XII. 130, dagegen das. XV. 5, XX. 110), welche gegenüber der

2. Nicht bloß der Eigenthümer kann die Sache einer Dienstbarkeit unterwerfen, sondern auch der Emphyteuta und der Super-

---

früher allgemein anerkannten entgegengesetzten nach dem Vorgange Savigny's in seinen Vorlesungen (vgl. dens. Besitz S. 577 [474] Note 1) zuerst in eingehender Weise vertheidigt worden ist von E. I. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis (1823) und Arch. f. civ. Pr. IX. 9 (1826), nach demselben von Michelsen Arch. f. civ. Pr. VIII. 14 (1825), Hasse Rhein. Mus. I S. 64—144 (1827), Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XII. 4 (1829), und in der neueren Zeit von Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III. 9 (1859); s. ferner Elvers §. 64, Sintenis I §. 64 Note 15, Keller §. 181. Theilweise haben sich für diese Ansicht erklärt Zimmern Arch f. civ. Pr. VII. 17 (1824), Huß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X. 3 (1853). Als Gegner derselben sind aufgetreten namentlich Francke civil. Abhandlungen Nr. 3 (1826), Fritz Erläuterungen I S. 276 fg., Vangerow I §. 350 Anm. 1 (dessen Hauptgrund bis zuletzt geblieben ist, daß durch Vertrag bloß eine Obligation begründet werden könne [in der 7. Aufl. hat er hinzugefügt: durch Vertrag „im eigentlichen Sinne des Wortes"]), Brinz S. 272—274, Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 391 fg. Man bemerke über diese Frage Folgendes. In unseren Quellen werden als Formen der Begründung von Dienstbarkeiten neben einander genannt a) die Tradition, d. h. die Einräumung der, in Folge davon wirklich erfolgenden, Ausübung (l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. quib. modis usufr. 7. 4, l. 3 D. si ususfr. 7. 6, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 1 §. 2 D. de S. P. R. 8. 3); b) pactiones et stipulationes (§. 4 I. de serv. 2. 3, §. 1 I. de usufr. 2. 4, l. 3 pr. l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, vgl. auch l. 14 C. de serv. 3. 34, l. 12 §. 1. 3. 4 C. de aedif. priv. 8. 10). Das erklärt sich so. Die ursprüngliche Form der Bestellung von Dienstbarkeiten war die mancipatio (bei servitutes praediorum rusticorum) und die in iure cessio (bei allen). Wo diese Formen nicht anwendbar waren, wie bei Provinzialgrundstücken, half man sich dadurch, daß man der formlosen Bestellung der Dienstbarkeit (pactio) einen obligatorischen Vertrag (stipulatio) hinzufügte, durch welchen der Besteller, gewöhnlich mit Hinzufügung einer Strafe, für sich und seine Erben versprach, die Ausübung der Dienstbarkeit gewähren zu wollen (Gai. II. 28—31, l. 38 §. 10—12 D. de V. O. 45. 1, l. 2 §. 5. 6 l. 49 §. 2 l. 50 l. 85 §. 3 l. 131 pr. D. eod., und andere Stellen mehr). Dadurch erreichte man ursprünglich nur Sicherung des Interesse; im Laufe der Zeit aber wurde in dieser Verbindung des formlosen Bestellungsvertrages mit der Stipulation eine wirkliche Begründung des Rechts der Dienstbarkeit gefunden (das Resultat der pactiones und stipulationes wird übereinstimmend bei Gai. II. 31, in §. 4 I. de serv., §. 1 I. de usufr., l. 3 pr. D. de usufr. als ein „constituere" der Dienstbarkeit bezeichnet, und in l. 25 §. 7 D. de usufr. heißt es, daß der Nießbrauchssclave dem Nießbraucher erwerbe, möge der Nießbrauch „iure legati constitutus" sein, oder „per traditionem vel stipulatio-

ficiar; diese freilich nur für die Dauer ihres Rechts[2]. Der Miteigenthümer kann seinen Theil des Eigenthums mit einem

---

nem vel alium quemque modum". S. auch l. 27 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 33 pr. l. 36 D. de S. P. R. 8. 3. (Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 554 fg. nimmt als Rechtszustand bis zu Justinian Uebergang der persönlichen Verpflichtung auf die Sondernachfolger an. Der Gedanke ist anmuthend; doch fällt auf, daß von einer Stipulation dieses Inhalts in den Quellen keine Rede ist. Sollte, wenn jener Uebergang Rechtens war, er nicht auch in der Parteiberedung zum Ausdruck gekommen sein?) Neben dieser Entwicklung ging aber eine andere einher. Während noch Gajus die Tradition, als körperliche Uebergabe, bei den Dienstbarkeiten als unkörperlichen Sachen für unmöglich erklärt, erkannte man, daß, wenn man die Tradition als Einräumung der thatsächlichen Willensmacht fasse, die Dienstbarkeiten ihr keineswegs verschlossen seien (vgl. l. 20 D. de serv. 8. 1), und in derselben Weise, wie es feststand, daß durch Tradition Eigenthum übertragen werde, wenn auch nicht immer civilrechtliches, ließ man sie auch bei den Dienstbarkeiten als genügenden Ersatz für mancipatio und in iure cessio zu, allerdings nicht nach den Anforderungen des Civilrechts, aber doch so, daß der Schutz des Prätors einzutreten habe. In die Justinianische Compilation sind die Resultate beider Entwicklungen aufgenommen worden, und es fragt sich nun, was heutzutage praktisch anzuwendendes Recht sei. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. a) In der Compilation heißt es jedenfalls auch, daß die Dienstbarkeiten durch pactiones et stipulationes begründet werden können; wenn andere Stellen von der Tradition reden, so thun sie dieß nicht, um dieselbe für unbedingt nothwendig zu erklären. b) Die Stipulation ist nicht das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende; sie kann ihrem Wesen nach nur eine Obligation erzeugen, und ist daher lediglich ein Zusatz zu dem auf die Begründung des dinglichen Rechts gerichteter Vertrag. Da wir nun „diese stipulatio [poenae] weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist" (Schmidt a. a. O. S. 285). — Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten (1864), glaubt etwas Neues zu sagen, indem er ausführt, daß die Servitut durch pactiones et stipulationes („durch Formalverträge") erworben werde (S. 78 fg.); darüber, ob dieser Satz auch im heutigen Rechte gelte, hat er nicht für nöthig gehalten, sich zu äußern. Derselbe Schriftsteller versteht die traditio der Quellen von Tradition der Sache, von der Einräumung der Ausübung nur die in den Quellen erwähnte patientia (S. 125 fg. 146 fg. 166 fg. 187 fg.). — Andere (so auch Savigny I §. 41. g. Puchta §. 187. 192, Arndts §. 191 Anm.) beziehen die Stellen, welche von der Tradition reden, im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, indem sie annehmen, durch dieselben solle für diesen Fall Tradition als Voraussetzung der Publiciana confessoria actio bezeichnet

Nießbrauche belasten; untheilbare Dienstbarkeiten dagegen kann er nur in Gemeinschaft mit den andern Miteigenthümern begründen[3]. Für den Fall, wo ein Miteigenthümer eine Dienstbarkeit bestellt hat und hinterher das Eigenthum erwirbt, müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung[4].

3. Daß nur ein handlungsfähiger Eigenthümer eine Dienstbarkeit begründen kann, versteht sich von selbst. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot steht auch der Begründung einer Dienstbarkeit entgegen[5].

4. Der Eigenthümer kann nicht genöthigt werden, eine Dienstbarkeit zu bestellen. Dieß erleidet eine Ausnahme bloß für den Fall, wo einem Grundstück der Zugang zu der öffentlichen Straße versperrt ist; der Eigenthümer kann hier von dem Eigenthümer der dazwischen liegenden Grundstücke Bestellung einer Wegegerechtigkeit verlangen[6].

5. Erwerben kann eine Grunddienstbarkeit nur, wer zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Dienstbarkeit angeknüpft werden soll, befugt ist. Dieß ist außer dem Eigenthümer der Emphyteuta und der Superficiar[7]. Steht das Grundstück

---

werden. Aber dem steht entgegen, daß der Schutz des redlichen Erwerbes eben auch nur redlichen Erwerb voraussetzt, also nichts, als was auch das Recht zu begründen im Stande ist (vgl. §. 199 Note 9). — Particularrechtlich ist für die Begründung der Dienstbarkeit Eintragung in das Grundbuch erforderlich, obgleich das Grundbuchsystem (§. 171 Note 2) keineswegs überall auf die Dienstbarkeiten erstreckt ist. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 97 Note 7—9 §. 193 Note 1.

[2] L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 1 §. 9 D. de superfic. 43. 18.

[3] S. §. 205 Note 7 und in der ganzen zweiten Hälfte, §. 209 Num. 8. Die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer brauchen nicht gleichzeitig zu sein; nur darf in der Zwischenzeit keine Veränderung in den Personen (durch Veränderung oder Erbgang) eingetreten sein. L. 18 D. comm. praed. 8 4. (über den Text vgl. die unten genannten Schriftsteller und die Mommsen'sche Ausgabe), l. 6 §. 2 eod., l. 11 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV S. 305—313, Regelsberger civilr. Erörterungen I S. 36 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 466 fg., Köppen das. XI S. 236 fg.

[4] S. §. 172 Num. 1. Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 190.

[5] L. 7 C. de reb. al. 4. 51.

im Miteigenthum, so ist die Willenserklärung aller Miteigenthümer erforderlich[8].

6. Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung, Befristung oder Voraussetzung erfolgen[9].

---

[6] In den Quellen ist dieß nur für das iter ad sepulchrum anerkannt, l. 12 pr. D. de rel. 11. 7; die Ausdehnung beruht auf einer unbezweifelbaren Praxis. S. Glück IX S. 101 und Seuff. Arch. I. 177. 321 (vgl. IV. 204), VI. 156, XIII. 210. 211, XIV. 114, XVI. 12, XXVII. 8.

[7] Ausgeschlossen ist der Nichteigenthümer, l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. Ausgeschlossen ist ferner der Nießbraucher, l. 15 §. 7 D. de usufr. 7. 1. Die Zulassung des Emphyteuta und des Superficiars ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber man wird sich ihr nicht entziehen können (dafür auch die Entscheidung bei Seuffert VII. 155). Können diese Personen das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren, so können sie es auch mit Dienstbarkeiten bereichern; die Beschränkung aber auf die Dauer ihres Rechts, welche in jenem Falle gilt, muß hier wegfallen, eben weil sie das Grundstück nicht beschweren, dem Eigenthümer nichts nehmen, sondern ihm etwas zuführen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob auch der redliche Besitzer eine Dienstbarkeit für das Grundstück erwerben kann. Man wird sagen müssen: da derselbe dritten schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienstbarkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß dieselben dem Grundstück wirklich erworben seien, also auch dem Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt. Vgl. Elvers S. 693—696.

[8] Es gelten hier dieselben Grundsätze, wie für den Fall, wo ein im Miteigenthum stehendes Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschwert werden soll, l. 5. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3. Seuff. Arch. XXV. 121.

[9] L. 4 pr. D. de serv. 8. 1 lautet: „Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam, condicionem (verbi gratia ‚quamdiu volam') constitui possunt. Sed tamen, si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti". Dieser Ausspruch bezieht sich nur auf die Grunddienstbarkeiten; denn s. Vat. fr. §. 48—50. 52, l. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 5. 12 C. de usufr. 3. 33', und vgl. l. 16 §. 2 D. fam. erc. 10. 2. Auch für Grunddienstbarkeiten gilt er nicht was die letztwillige Bestellung derselben angeht, l. 3 D. de serv. leg. 33. 4. Der Grund desselben ist zu suchen theils in der Besonderheit der ursprünglichen Form der Bestellung der Servituten (vgl. §. 95 Note 2), theils in der Abneigung des älteren Rechts gegen die auflösende Bedingung und Befristung überhaupt (§. 90 Note 4, §. 96 Note 6). Der erste Grund ist mit der mancipatio und in iure cessio weggefallen, und die bezeichnete Abneigung darf als durch die Gesammt-

7. Ein besonderer Fall der Bestellung der Dienstbarkeit ist der, wo die Dienstbarkeit bei der Eigenthumsübertragung vorbehalten wird[10]. Das Rechtverhältniß ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigenthümer das Eigenthum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Theil Dessen behielte, was er auch bisher gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ Anderes ist, als das Eigenthum, bisher gar nicht gehabt[11]. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigenthumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Auflegende nicht der Uebergeber, sondern der Empfänger des Eigenthums[12]. Ein Vorbehalt dieser Art kann auch stillschweigend gemacht werden[13].[14]

---

entwickelung des römischen Rechts überholt angesehen werden. So erscheint es nicht zu gewagt, den ganzen Satz für das heutige Recht aufgegeben. Vgl. Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elvers §. 19, Sintenis I §. 64 Note 16, Keller S. 317, Vangerow I §. 340 Anm. 1 a. E., Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 536, Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (Göttingen 1871) S. 68 fg., Czyhlarz zur Lehre von der Resolutivbedingung (Prag 1871) S. 14 fg. 72 fg. 84 fg.

[10] Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem deducere, detrahere, excipere, recipere der Dienstbarkeit. S. l. 32. 36 §. 1 l. 54 D. de usufr. 7. 1, l. 34 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3. 5. 6 pr. §. 3 l. 7 pr. l. 8. 10 D. comm. praed. 8. 4, l. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 126 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Von diesem Fall handelt die Inauguraldissertation von Ferd. Muther: in fr. VI. communia praediorum commentatio (1858). Außerdem ist zu vergleichen: Dirksen vermischte Schriften I S. 110 fg., Gesterding Ausbeute VI S. 38 fg., Bruns quid conferant Vaticana fragmenta ad melius cognoscendum ius Romanum p. 91 sqq.

[11] S. §. 200 Note 3. Dernburg Pfandrecht I S. 272 fg. A. M. Büchel civilr. Erörterungen I. 2 S. 73 fg. (2. Aufl. S. 187 fg.), Arndts §. 371 Anm. 2. Vgl. auch Jhering Geist d. röm. Rechts III S. 134—136 (2. Aufl. S. 141—142). Jahrb. f. Dogm. X S. 551—553, Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 159—161, Czyhlarz Resolutivbedingung S. 72, Pernice Labeo S. 477 fg.

[12] In den Quellen heißt es zwar, daß der übergebende Eigenthümer die Dienstbarkeit „imponit, iniungit", daß er das Grundstück „servum facit". Aber einerseits lassen sich diese Ausdrücke auch so verstehen, daß sein Wille bestimmend sei für den Willen des Empfängers, welcher, indem er die Sache unter der von dem Uebergebenden hinzugefügten Maßgabe hinnimmt, seinen Willen dahin erklärt, daß die Dienstbarkeit entstehen solle. Und andererseits

## B. Durch Ersitzung*.

### §. 213.

Dienstbarkeiten können auch, wie das Eigenthum, durch fortgesetzten Besitz begründet werden[1]. Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

---

ist die Annahme, daß der Empfänger es sei, welcher die Dienstbarkeit bestellt, erstens begriffsmäßig nothwendig; denn der Eigenthümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten belasten. Man könnte sagen, er belaste sie in dem Momente, wo er Eigenthümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für den Einen Act der Dienstbarkeitsbestellung als Eigenthümer und Nichteigenthümer gelten. Zweitens ist jene Annahme geboten durch den Inhalt unserer Quellen. Nach l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9 entsteht kein Pfandrecht, wenn einem Minderjährigen etwas zu Eigenthum mit Vorbehalt eines Pfandrechts übertragen wird. Also ist der Minderjährige der Verleihende; er bekommt nicht die Sache als beschwerte, sondern er beschwert sie, indem er sie bekommt (in demselben Moment, vgl. l. 58 D. de A. v. O. H. 29. 2, Fitting das castrense peculium S. 112 fg.). Der Schluß von dem Pfandrechte auf die Dienstbarkrit aber ist ein unabweislicher. An diesem Fall tritt zugleich das praktische Interesse der Frage hervor (vgl. auch §. 246 Note 11 a. E.). Vgl. übrigens auch l. 8 D. comm. praed. 8. 4, und Seuff. Arch. IV. 207.

[13] Hierher gehört namentlich der Fall, wo eines von zwei Grundstücken veräußert wird, von denen das eine dem andern durch eine äußere Veranstaltung factisch dient. Vgl. l. 36. 37 D. de S. P. U. 8. 2. Näher ist dieser Punkt entwickelt in dem französischen Gesetzbuch Art 692—694. Seuff. Arch. XI. 18. 121, XIII. 212, XX. 209, XXI. 105.

[14] Vorbehalt zu Gunsten eines Dritten? L. 5 l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 36. 37 D. de S. P. U. 8. 2 — Form? Im römischen Rechte war dieselbe gedeckt, wenn die Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio, nicht, wenn dieselbe durch traditio erfolgte. Gai. II. 33, Vat. fr. 47. 50.

* v. Seckendorf Arch. f. civ. Pr. IV. 11 (1821). Zimmern in Neustetel und Zimmern römischrechtl. Untersuchungen Nr. 5 (1821). Hasse Rhein. Mus. II S. 394 fg. (1828). Bessel Arch. f. civ. Pr. XIII. 19 (1830). E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Nr. 1 (1835). Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI. 6. 12 (1848). Th. Muther die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten (1852). Hedemann Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht S. 1 fg. (1864). Unterholzner Verjährungslehre II §. 187—216. Elvers §. 68. Glück IX S. 105 fg.; Sintenis I S. 586—593, Vangerow I §. 351.

1. Der Besitz der Dienstbarkeiten besteht in ihrer Ausübung, d. h. darin, daß derjenige Willensinhalt zur thatsächlichen Geltung gebracht wird, welcher in seiner rechtlichen Anerkennung das Dienstbarkeitsrecht ausmacht. Das Nähere hierüber ist in §. 163 vorgetragen worden[2].

2. Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen fortgedauert haben; über den Verlust des Besitzes der Dienstbarkeiten ist ebenfalls an dem angeführten Orte gehandelt worden[3]. Der Besitz muß ferner ungestört fortgedauert haben;

---

§. 213. [1] Im älteren römischen Recht gab es eine usucapio servitutum; diese wurde durch eine lex Scribonia (unbekannt wann? vgl. Rudorff röm. RGesch. I S. 72) aufgehoben, l. 4 §. 29 D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 14 pr. D. de serv. 8. 1, l. 43 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 9 D. de usurp. 41. 3. (Ueber die Frage, ob diese usucapio sich auf alle Dienstbarkeiten bezogen habe, oder nur auf die Gebäudedienstbarkeiten, s. Unterholzner §. 196, Vangerow a. a. O. S. 761—762 und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Schmidt [v. Ilmenau] Jahrb. d. gem. R. III S. 247 Note 1.) Die im späteren Recht anerkannte Ersitzung der Dienstbarkeiten beruht auf der magistratischen Jurisdiction, welche dem „diuturnus usus", der „longa quasi possessio", der „longa consuetudo", der „longi temporis consuetudo" ihren Schutz gewährte. Von dieser späteren Ersitzung handeln l. 10 pr. D. si serv. 8, 5, l. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3, l. 5 §. 3 D. de itin. 43. 19, l. 28 D. de S. P. U. 8. 2, l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 1. 2 C. de serv. 3. 34, l. 12 i. f. C. de l. t. praescr. 7. 33. Der Ausdruck praescriptio wird auf diese Ersitzung nicht angewendet. — Die l. 10 §. 1 D. de usurp. 41. 3 („Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint") ist durch Versehen in die Pandekten aufgenommen worden; die Compilatoren glaubten hier, wie sonst, Alles gethan zu haben, wenn sie usucapi in longo tempore capi änderten. Vgl. Unterholzner S. 144, Vangerow a. a. O. Nr. 1 g. E. — Hedemann a. a. O. (s. auch S. 167—170) leugnet mit Berufung auf diese Stelle die Ersitzung der Servituten ganz, und behauptet, die langjährige fehlerlose Ausübung gebe dem Dienstbarkeitsprätendenten nur Freiheit vom Beweise des Erwerbes, während dem Gegner der Beweis des Nichtbestehens der Dienstbarkeit, der Freiheit seines Eigenthums, nicht verschlossen sei — in Widerspruch mit den Quellenaussprüchen (s. oben), welche er sich vergeblich zu beseitigen bemüht, und ohne sich darüber zu erklären, wie er sich den Beweis des Nichtbestehens der Servitut eigentlich denkt. S. dawider auch Ferd. Muther krit. VJSchr. IX S. 370 fg.

[2] Vgl. namentlich die Noten 3—10 das.

[3] S. Note 11—14 das. Besonders zu beachten ist das in Note 13 Gesagte, wonach der Besitz der Dienstbarkeiten auch dadurch verloren werden kann, daß

durch Erhebung des Processes wird die Dienstbarkeitsersitzung in derselben Weise wie die Eigenthumsersitzung unterbrochen[4].

3. Der Besitz muß kein fehlerhafter gewesen, d. h. die Ausübung muß offen, ohne Widerspruch des Eigenthümers, und nicht in Folge bloßer Vergünstigung desselben geschehen sein[5]. Nach heutigem Recht ist außerdem guter Glaube des Ersitzenden

---

die Wiederverwirklichung des zum Erwerbe des Besitzes erforderlichen körperlichen Verhältnisses eine längere Zeit hindurch unterbleibt; das Nähere ist dem Ermessen des Richters anheimzugeben. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 6, IX. 129, XIII. 83, XV. 206, XVI. 177 Nr. 2, XXI. 107. Andere sind strenger in Betreff der auf einzelne sich wiederholende Handlungen gerichteten Dienstbarkeiten (s. g. servitutes discontinuae). Es wird für sie verlangt wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre (Hasse S. 408, Seuff. Arch. I. 408 a. E., II. 141, XVI. 177 Nr. 1, XXI. 217), bei Wegegerechtigkeiten in Gemäßheit des für den Besitzesschutz Vorgeschriebenen sogar dreißigmalige Ausübung in jedem Jahre (Muther §. 30. 36, vgl. Hasse S. 408, Hoffmann S. 17). Noch Andere wollen bei Dienstbarkeiten der genannten Art die Ersitzung ganz ausschließen und nur unvordenkliche Verjährung zulassen (so die bei Glück IX S. 148 citirten Aelteren, ferner Flach Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden II S. 1—3 unter Berufung auf die Praxis des OAG. zu Wiesbaden, und die von Pfeiffer prakt. Ausführungen II S. 116 fg. und VII S. 255 fg. bezeugte Praxis des OAG. zu Cassel, vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI. 124); dawider Savigny IV S. 498—503, Muther §. 3—7, Vangerow a. a. O. Nr. 1 a. E., Seuff. Arch. I. 178, XXV. 202, XXVIII. 15. Vgl. überhaupt Busch S. 256—268.

[4] Dafür spricht: 1) die Analogie der technisch so genannten longi temporis praescriptio; 2) die l. 2 C. de ann. exc. 7. 40, welche ihrem wahren Gedanken nach auch auf diesen Fall bezogen werden muß (vgl. §. 180 Note 7). Entscheidend aber ist 3) der Gesichtspunkt, daß durch die Erhebung des Processes der Besitz ein fehlerhafter wird; was fortan geschieht, ist vi factum (s. die folgende Note).

[5] L. 10 pr. D. si serv. 8. 5: — „utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse". L. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3: — „ut . . . qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur". Daß hier unter vis nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeigt schon die Zusammenstellung mit dem clam; es kommen hier die Grundsätze des interd. de itinere actuque privato (§. 164 Note 5) und des interd. quod vi aut clam (II §. 465 Note 3. 4) zur Anwendung. Vgl. Unterholzner §. 211; a. M. Elvers S. 746 Note o. Seuff. Arch. IV. 15, VI. 154, X. 235, XV. 207, XVII. 13, XXIII. 17, XXIV. 107. Zum Begriff des clam: das. IX. 180, XII. 251, XXI. 106, XXII. 20; zum Begriff des precario: das. XXV. 221.

erforderlich[6], nicht aber eine besondere Rechtfertigung dieses guten Glaubens, so daß die Unredlichkeit des Bewußtseins des Ersitzenden von der Gegenseite nachgewiesen werden muß[7].

4. Die Ersitzungszeit beträgt 10 oder 20 Jahre, je nachdem die Parteien, zwischen welchen die Ersitzung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Obergerichtsbezirk haben oder nicht[8].

---

Ueber die Frage, ob die anfängliche Fehlerhaftigkeit der Ausübung nicht durch spätere Ausübungsacte gereinigt werden kann: das. XXVI. 223. Was den Beweis angeht, so braucht der Ersitzende nicht die Abwesenheit der genannten Besitzesfehler darzuthun; es genügt, daß die nachgewiesenen Besitzeshandlungen sich nicht als fehlerhafte darstellen. Unterholzner S. 184; Hasse S. 410 fg. (welcher aber für die Oeffentlichkeit Beweis allerdings verlangt), Busch S. 254—256, Vangerow a. a. O. Nr. 3 a. E. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 5, XIV. 14 a. E., XV. 108, XVIII. 122, XXVIII. 16; s. aber auch XV. 186.

[6] Auf Grund der Vorschrift des canonischen Rechts in c. 20 X. de praescr. 2. 26. Doch wird dieß nicht von Allen anerkannt, so nicht von Puchta §. 188. m, Brinz S. 275 unt., während umgekehrt Andere der Ansicht sind, daß bereits das römische Recht bona fides erfordert habe. Vgl. im Allgemeinen Unterholzner S. 173—175, Hasse S. 417 fg., Busch S. 412—421, Muther §. 13 fg., Elvers S. 740—748, Schwarze und Heyne Untersuchungen praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 3. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 4, VIII. 348, IX. 132, X. 235, XVI. 176 Nr. 2, XXIII. 18.

[7] Es ist kein Titel erforderlich. Daß ein Titel vom römischen Rechte nicht erfordert wird, versteht sich von selbst, da dasselbe keine bona fides verlangt (in l. 2 C. de serv. 3. 34 wollen die Worte „eo sciente“ nur auf die Abwesenheit der Heimlichkeit hinweisen, nicht aber, wie man gemeint hat, auf eine stillschweigende Einräumung oder Gestattung des Eigenthümers); aber auch das canonische Recht hat ihn nicht vorgeschrieben. Das Gegentheil wird namentlich von Bessel a. a. O. und Muther §. 13 fg. vertheidigt. Vgl. Unterholzner S. 172, Hasse S. 400 fg., Hoffmann a. a. O., Busch S. 407 fg. 422 fg., Vangerow a. a. O. Nr. 3, Elvers S. 740—741. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 3, IX. 132, XV. 109.

[8] Paulus sentent. V. 5a. §. 8 sagt zur Erklärung des Ausdruckes longum silentium („Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest“): — „longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur“. In l. 2 C. de serv. 3. 34 heißt es von der Servitutenersitzung: — „servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti“. Die l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33, welche die Begriffe der praesentia und der absentia für die Ersitzung bestimmt, schließt mit den Worten: „eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usufructus et ceterae servitutes“. Eine besondere Ersitzungszeit für bewegliche Sachen

5. Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung (§. 182) müssen hier gleichfalls zur Anwendung kommen; dafür ist aber auch hier in gleicher Weise wie beim Eigenthum eine außerordentliche Ersitzung anzuerkennen[9].

6. Durch Ersitzung können alle Dienstbarkeiten erworben werden; Ausnahmen, welche man für einzelne hat machen wollen, sind ohne Grund[10].

### C. In anderer Weise.

### §. 214.

Außer durch Bestellung des Eigenthümers und durch Ersitzung können Dienstbarkeiten noch durch richterliche Verfügung und unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.

Der Richter kann durch seinen Spruch Dienstbarkeiten begründen im Theilungsproceß[1], ferner zum Zweck der Vollstreckung eines Urtheils, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit auferlegt[2].

---

gibt es hier nicht. Die von Zimmern in der oben angeführten Abhandlung verfochtene Ansicht, daß die Ersitzungszeit bei Dienstbarkeiten eine unbestimmte, in jedem einzelnen Fall von dem Richter zu bestimmende sei, hat fast gar keinen Anklang gefunden. Vgl. Unterholzner §. 199—202, Hasse S. 400 Anm. 3, Muther §. 25—28, Elvers S. 738—740, Vangerow a. a. O. Nr. 1. Seuff. Arch. I. 408 Nr. 1. — Die absentia wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Abwesende einen Vertreter hat: Seuff. Arch. X. 137, XII. 250, XV. 107, s. auch IX. 9. — Nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden ist die Ersitzung für vollendet zu erklären mit dem Anbruch des letzten Tages, und bei Grunddienstbarkeiten Besitzeszusammenrechnung zuzulassen (§. 180 Note 5, §. 181). Seuff. Arch. I. 323.

[9] In Betreff des ersten Punktes ist abweichender Meinung Puchta §. 188. m und Vorlesungen zu diesem §. a. E., in Betreff des zweiten Vangerow a. a. O. Nr. 5 und die daselbst Citirten. Dagegen Unterholzner §. 204, Muther §. 11. 12, Elvers S. 749. Seuff. Arch. V. 101. 144, VIII. 131, XIV. 274, XVIII. 212, XXVI. 225, XXVIII. 17.

[10] Man hat ausnehmen wollen: 1) die nicht ständigen, darüber s. Note 3; 2) die persönlichen (Zimmern a. a. O. S. 111 fg.); 3) die negativen (Bessel S. 410 fg.). Für 2 und 3 spricht nichts, dawider l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33. Vgl. Unterholzner §. 207, Vangerow a. a. O. Nr. 4, auch Brinz S. 276.

§. 214. [1] L. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 16 §. 1. 2 l. 22 §. 3 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. comm. div. 10. 3.

[2] Der Richter erklärt in diesem Falle im Voraus die Dienstbarkeit für

Unmittelbar durch das Gesetz entsteht in gewissen Fällen der Nießbrauch; diese Fälle gehören dem Familienrechte an, und werden in der Darstellung desselben näher erörtert werden[3].

## V. Aufhebung der Dienstbarkeiten*.

### §. 215.

1. Wie alle dinglichen Rechte werden die Dienstbarkeiten dadurch aufgehoben, daß die Sache, an welcher sie stattfinden, untergeht, oder dem Verkehr entzogen, oder von dem Fiscus oder dem Regenten oder seiner Gemahlin veräußert wird, Dienstbarkeiten an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen[1]. Die persönlichen Dienstbarkeiten werden nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihnen unterworfenen Sache aufgehoben[2].

2. Grunddienstbarkeiten gehen unter mit dem Grundstück, an welches sie angeknüpft sind[3], persönliche Dienstbarkeiten gehen

---

bestellt, wenn der Verurtheilte die Bestellung nicht vornehmen sollte. Der Richter muß die Befugniß zu einer solchen Ergänzung der Willenserklärung des Verurtheilten in gleicher Weise haben, wie er sie bei der Eigenthumsübertragung hat. Vgl. §. 173 Note 5, Savigny Obl. I S. 379, Arndts §. 188 Nr. 2.

[3] S. II §. 510 Note 3. §. 511 Num. 1. 2, und vgl. II. §. 517.

* Dig. 7. 4 quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 8. 6 quemadmodum servitutes amittuntur. — v. Buchholtz Versuche Nr. 17, Elvers §. 70—75. Glück IX S. 313 fg. X S. 260 fg. Sintenis I §. 66.

§. 215. [1] S. §. 165 Note 3—6 und vgl. Note 7 das. Dagegen gehen die Dienstbarkeiten nicht dadurch unter, daß die dienende Sache aufhört, im Eigenthum zu stehen, wie Böcking §. 159 Note 7. §. 160 Note 18. 19 behauptet. Der Grund dieser Behauptung, welche mit Ulp. I. 19, l. 1 C. comm. de manum. 7. 15 in Widerspruch steht, ist die §. 209 Note 3 a. E. bezeichnete Auffassung. Vgl. Elvers S. 29. 30.

[2] „Nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung", Brinz S. 278. So hört der Nießbrauch an einem Hause mit dessen Zerstörung auf, und dauert nicht etwa an dem leeren Platze fort; der Nießbrauch an einem Gewässer dauert nicht nach dessen Austrocknung an dem Grund und Boden fort 2c. L. 5 §. 2 l. 10 §. 5 l. 12 l. 23. 30. 31 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 36 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 20 §. 2 D. de S. P. U. 8. 2.

[3] Vgl. l. 20 §. 2 D. de S. P. R. 8. 2, l. 3 D. quemadm. serv. 8. 6.

unter durch den Tod des Berechtigten[4]. Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht bloß durch deren Aufhebung auf[5], sondern auch durch den Ablauf von hundert Jahren[6]. Wird jedoch bei der persönlichen Dienstbarkeit Uebergang auf die Erben des Berechtigten ausdrücklich festgesetzt, so ist dieß nicht ungültig[7], und daher kann auch eine

— Gehen sie auch dadurch unter, daß dieses Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird? Ich glaube nicht, sie bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 444—446: es dauert fort die passive Seite des Rechts (§. 65a Note 9). A. M. Elvers S. 98, welcher sofortigen Untergang der Dienstbarkeit annimmt, und Böcking §. 161 Note 12, nach welchem die Dienstbarkeit jetzt durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen kann, ebenso Bekker Jahrb. f. Dogm. XII S. 44—45.

[4] S. §. 202 Note 4. In gleicher Weise wie der Tod wirkte nach römischem Rechte die capitis diminutio, nach Justinianischem jedoch mit Ausnahme der minima, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 16 §. 2 C. eod. 3. 33. Vgl. §. 55 Note 8.

[5] L. 21 D. quib. mod. ususfr. 7. 4.

[6] L. 56 D. de usufr. 7. 1. „An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est: qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos esse municipes; quia is finis vitae longaevi hominis est". L. 8 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 D. de serv. 8. 1. Der ruhenden Erbschaft sind die persönlichen Dienstbarkeiten gar nicht zugänglich gemacht worden, l. 61 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3, l. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7. 3, l. 16 §. 2 D. quando dies 36. 2.

[7] L. 38 §. 12 D. de V. O. 45. 1. „Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse, licet diversi sint fructus, nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus". (Vgl. l. 65 D. de V. S. 50. 16. „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur".) L. 5 pr. D. quid. mod. ususfr. 7. 4. „Repeti potest legatus ususfructus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte; nisi forte heredibus legaverit". Eine hierher gehörige Entscheidung steht in l. 14 C. de usufr. 3. 33; in dieser Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn

juristische Person eine persönliche Dienstbarkeit auf einen längeren Zeitraum als den bezeichneten erlangen[8].

3. Die Dienstbarkeiten gehen dadurch unter, daß Eigenthum und Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand zusammenkommen[9], und leben auch dadurch nicht wieder auf, daß hinterher wieder eine Trennung beider eintritt[10].

---

Jemand bei Vermachung einer Sache seinen Erben den Nießbrauch vorbehalte, dieß im Zweifel nicht dahin zu verstehen sei, daß auch die Erben des Erben den Nießbrauch haben sollen. Diese Entscheidung erklärt sich leicht aus der Betrachtung, daß nicht anzunehmen ist, der Erblasser habe sein Vermächtniß auf ein Minimum herabsetzen wollen. Vgl. auch l. 19 §. 4 D. comm. div. 10. 3; andererseits l. 38 §. 10. 11 D. de V. O. 45. 1. — Der aufgestellte Satz wird in den Lehrbüchern weniger hervorgehoben, als er verdient. In der That enthält derselbe einen schweren Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre, ja die Grundlage derselben ist mit ihm verlassen (vgl. §. 201 zu Note 7). Das ist deßwegen nicht weniger wahr, weil die römische Jurisprudenz die Dienstbarkeit in der Person der Erben jedesmal neu entstehen ließ (s. die oben citirten Pandektenstellen); darin lag nur eine formale Versöhnung mit dem aufgegebenen Princip. Uebrigens war der Schritt, welchen die römische Jurisprudenz mit der Anerkennung jenes Satzes that, ein nothwendiger geworden, seit das Recht des Emphyteuta und des Superficiars als dingliches Recht ausgebildet war; es hatte keinen Sinn mehr, die Einräumung dieser Rechte zu gestatten, und die Einräumung eines erblichen Nießbrauchs zu verbieten. Uebereinstimmend Unger Jahrb. f. Dogm. X S. 59 Note 73; a. M. Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 202 fg., welcher die Erstreckung des Nießbrauchs nur auf den nächsten Erben für zulässig hält, mit einseitiger Betonung der l. 14 C. de usufr. cit.

[8] Das ist namentlich für Deutschland wichtig, wo vielfach Nutzungs- und Gebrauchsrechte vorkommen, welche von einer juristischen Person oder von den sämmtlichen Mitgliedern einer Gemeinde oder sonstigen Genossenschaft in ihrer Mitgliedseigenschaft ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Auch durch Verjährung kann eine solche zeitlich unbeschränkte Berechtigung begründet werden, wenn es nur unzweifelhaft ist, daß die Ausübung im Sinne zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist. Vgl. Mittermaier deutsch. Privatr. I §. 166 Nr. I, Bluntschli deutsch. Privatr. §. 86 Nr. 2. Seuff. Arch. VIII. 113, XV. 205, XVI. 176, XXI. 95, XXII. 9, XXVI. 4. Vgl. auch IX. 125, XIV. 63. Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 S. 252.

[9] L. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit". §. 3 I. de usufr. 2. 3: — „finitur usus fructus . . si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur". L. 3 §. 2 l. 6 pr. D. de usufr. accr. 7. 2, l. 78 §. 2 D. de I. D. 23. 3. Kommt die Dienstbarkeit

4. Auch durch den Willen des Berechtigten können die Dienstbarkeiten aufgehoben werden. Dieser Wille kann unter Lebenden oder von Todes wegen erklärt werden; im ersten Fall muß, damit die Willenserklärung für den Berechtigten bindend sei, Annahme von der anderen Seite hinzukommen[11], welche außer durch den Eigenthümer der dienenden Sache auch durch den Emphyteuta und

---

mit dem Miteigenthum zusammen, so erlischt sie theilweise, wenn sie theilbar ist, gar nicht, wenn sie untheilbar ist (§. 209 Note 18). Unterliegt die Dienstbarkeit einem fremden Recht, so dauert sie für dieses Recht fort, vgl. §. 65ª Note 6, §. 205 Note 4, §. 206 Note 10 a. E., §. 248 Note 11. In gleicher Weise dauert, wenn bei der Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück einem fremden Recht unterliegt, die Dienstbarkeit für dieses Recht fort (vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 450 und damit ob. §. 65ª Note 6).

[10] Jedoch kann eine Verpflichtung zur Wiederherstellung begründet sein, vgl. z. B. l. 78 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. comm. praed. 8. 4, l. 116 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 31 §. 3 D. de aed. ed. 21. 1, oder es kann die Dienstbarkeit durch richterliche Verfügung wiederhergestellt werden, l. 57 pr. D. de usufr. 7. 1. Vgl. übrigens auch l. 31 D. de S. P. R. 8. 3 (§. 65ª Note 4) und l. 13 §. 1 D. ad SC. Treb. 36. 1 (III. §. 665 Note 4ª).

[11] Im älteren Recht war Rückübertragung der Dienstbarkeit durch in iure cessio (bei Felddienstbarkeiten möglicherweise auch durch mancipatio) erforderlich, Gai. II. 30, Paul. sentent. III. 6 §. 28. 32 (vgl. Scheurl Zeitschr. f. gesch. R.W. XII S. 237—241). Aus dem in iure cedere ist im Justinianischen Rechte ein einfaches cedere oder concedere geworden, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 20 pr. D. de S. P. R. 8, 3. vgl. l. 17 i. f. D. comm. praed. 8. 4, l. 14 §. 1 D. de serv. 8. 1. Allerdings ist in l. 48 pr. l. 64. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 auch von einem einseitigen Aufgeben des Nießbrauchs („recedere ab usufructu" „derelinquere usumfructum") die Rede; aber als Wirkung dieses Aufgebens wird nicht die Beendigung des Rechts, sondern die Beendigung der Verpflichtung des Nießbrauchers bezeichnet; d. h. der Nießbraucher kann nicht gezwungen werden, seine Willenserklärung zurückzunehmen, aber ist dazu bis zur Annahme befugt. Ebensowenig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in l. 8 pr. D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 4 §. 12 D. de doli exc. 44. 4 (wie Brinz S. 278 unt. 1548. 1549 glaubt); diese Stellen erkennen allerdings einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an, aber die Thatsache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten. So auch Fritz Erläuterungen I S. 385—392, Elvers S. 766—769, Sintenis I §. 66 Anm. 12, Arndts §. 193 Anm. 2; dagegen wieder Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 243—253 (vgl. Arndts a. a. O. in der 5. Aufl.), Schönemann S. 164 fg., Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 142 fg.

den Superficiar geschehen kann[12]. Bei Grunddienstbarkeiten ist übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher Eigenthümer sowohl des herrschenden als des dienenden Grundstücks erforderlich[13].

5. Ueber die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung s. §. 212 Note 9.

§. 216.

6. Endlich können die Dienstbarkeiten auch durch Verjährung aufgehoben werden[1]. Hierfür gelten folgende Regeln. a) Persönliche Dienstbarkeiten und solche Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen ist bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder dienenden Sache geben, Ersitzung der Freiheit erforderlich[2]. b) Nichtausübung

[12] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; es folgt aber aus der Befugniß dieser Personen, die Sachen mit Dienstbarkeiten zu beschweren. Vgl. §. 212 Note 7.

[13] Das Erste sagt l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3, das Zweite folgt daraus, daß ein Miteigenthümer allein dem Grundstück auch keine Dienstbarkeit erwerben kann (§. 209 Note 17).

§. 216. [1] S. außer den bei §. 215 Genannten: Unterholzner Verjährungslehre II §. 217—234. Wirth-die libertatis usucapio (1854). Vangerow I §. 375 Anm.

[2] Für die persönlichen Dienstbarkeiten: §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4; für die Grunddienstbarkeiten: l. 6 (vgl. l. 2) D. de S. P. U. 8. 2. Der Wortlaut dieser letzteren Stelle entspricht übrigens der im Text aufgestellten Unterscheidung nicht; die Stelle bezeichnet vielmehr als diejenigen Grunddienstbarkeiten, bei welchen usucapio libertatis erforderlich sei, die servitutes praediorum urbanorum. Im Einzelnen wird die libertatis usucapio erwähnt bei der serv. non altius tollendi, der serv. ne luminibus officiatur, der serv. tigni immittendi, l. 6. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 4 §. 29 D. de usurp. 41. 3. Wenn jedoch oben (§. 210 Note 2) ausgeführt worden ist, daß der Sinn der Ausdrücke servitutes praediorum rusticorum, urbanorum mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, wo an dieselben eine rechtliche Unterscheidung angeknüpft wird, bestimmt werden muß, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß wenigstens hier mit diesen Ausdrücken nicht Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollen, welche einem Feld- bez. Gebäudegrundstücke zustehen, sondern Dienstbarkeiten, wie sie bei einem Feld- bez. Gebäudegrundstück vorzukommen pflegen. Es ist in der That kein Grund einzusehen,

der Dienstbarkeit ist Nichtgeltendmachung des Willensinhalts, zu welchem die Dienstbarkeit berechtigt[2a]; jedoch schadet diese Nicht-

---

warum z. B. für den Verlust einer Wegegerechtigkeit durch Nichtausübung etwas Anderes gelten sollte, je nachdem ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück das herrschende Grundstück ist (vgl. Seuff. Arch. X. 19). Fragt man aber weiter, warum die Dienstbarkeiten, welche regelmäßig bei Gebäudegrundstücken vorkommen, in Betreff der Erlöschung durch Nichtgebrauch anders behandelt werden, als die regelmäßig bei Feldgrundstücken vorkommenden, so wird man von selbst auf die im Texte bezeichnete Unterscheidung geführt, durch welche denn auch die Entscheidung für den Fall gegeben ist, wo es zweifelhaft erscheinen sollte, ob eine gegebene Dienstbarkeit eher Gebäude- oder eher Felddienstbarkeit sei. Im Wesentlichen ist das hier Vorgetragene auch die herrschende Meinung, vgl. Unterholzner §. 217, Vangerow I §. 339 Anm. Nr. II. 2 a. E., Sintenis I S. 602, Puchta Vorles. I S. 408, Arndts §. 194 a. E., Wirth die libertatis usucapio S. 51 fg., R. Cohnfeldt die irregulären Servituten S. 83—87, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 139—140. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Ansichten, worunter namentlich die von Zachariae v. Lingenthal (über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 70 fg.) aufgestellte, von Elvers §. 40 gebilligte, zu erwähnen ist, daß die libertatis usucapio bei allen Dienstbarkeiten außer den Wegegerechtigkeiten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeit erforderlich sei. Vgl. über sonstige abweichende Ansichten Unterholzner §. 218. Seuff. Arch. XXVII. 9. — Eine andere Frage ist es, ob nicht Justinian das frühere Recht abgeändert habe. Es wird nämlich behauptet: 1) auf Grund von l. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, daß Justinian das Erforderniß der Ersitzung der Freiheit auf den Nießbrauch ausgedehnt habe, 2) auf Grund von l. 13 C. de serv. 3. 34, daß er die Ersitzung der Freiheit bei allen Grunddienstbarkeiten für überflüssig erklärt habe. Die erste Meinung hat in der citirten Stelle eine nicht unscheinbare Stütze (— „sancimus . . nec ipsum usumfructum non utendo cadere . . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum absentem vel praesentem excludere“). Doch erscheint es gerathener, bei der gegenwärtig herrschenden Meinung (dafür auch Seuff. Arch. VI. 316) stehen zu bleiben, welche in den bezeichneten Worten nur eine Aenderung der Zeit der Verjährung angeordnet findet. Dafür spricht außer l. 13 C. de serv. 3. 34, wo Justinian über den Inhalt der l. 16 selbst Auskunft gibt, die Erwägung, daß Justinian nach seiner Art eine weiter gehende Aenderung des bestehenden Rechts kaum so kurz ausgedrückt haben würde, sowie die Aufnahme der von dem Untergang des Nießbrauchs durch bloßen Nichtgebrauch redenden Stellen in Institutionen und Pandekten (s. den Anfang der Note). Vgl. über diese Frage Unterholzner §. 225, Vangerow a. a. O. Nr. 1, Elvers S. 780. 781. Weniger bezweifelbar, und daher auch von den meisten älteren und neueren Juristen anerkannt ist es, daß

geltendmachung so lange nicht, als der Berechtigte sich im Genuß des von der Dienstbarkeit geforderten factischen Zustandes befindet[3]. Darauf, von wem die Ausübung geschehen ist, kommt es nicht an, wenn nur gerade dieses bestimmte Recht ausgeübt worden ist[4]. Daß der Berechtigte an der Ausübung durch eine ihm nicht zur Last fallende Thatsache verhindert worden ist, schließt den Untergang der Dienstbarkeit nicht aus[5]. c) Zur Ersitzung der Freiheit ist nothwendig, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit als freie besessen worden sei[6], d. h. näher: in einem der Dienstbarkeit widersprechenden[7], durch menschliche That

auch durch die l. 13 C. cit. lediglich die Verjährungszeit hat abgeändert werden sollen. Vgl. Unterholzner §. 224, Vangerow a. a. O. Nr. 3.

[2a] Man verwechsle nicht Nichtausübung und Nichtbesitz. Die Nichtausübung als solche hat noch nicht Verlust des Besitzes zur Folge; dazu gehört ein in contrarium actum. Vgl. §. 163 Note 11—13. Auch Seuff. Arch. XIX S. 360.

[3] L. 12 (vgl. l. 19 pr.) D. quemadm. serv. 8. 6: — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur".

[4] Der Nießbrauch wird nicht verloren, wenn er im Namen des Berechtigten, obgleich nicht in Folge Auftrags desselben, ausgeübt worden ist, die Grunddienstbarkeit nicht, wenn sie als eine diesem Grundstück zustehende, obgleich durch einen unredlichen Besitzer, ausgeübt worden ist. L. 12 §. 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 5. 6 pr. l. 16. 20—24 D. quemadm. serv. 8. 6. — Theilweise Ausübung: l. 20. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 2 D. quemadm. serv. 8. 6 (vgl. Seuff. Arch. X. 233), l. 8 §. 1 l. 9 l. 17 eod. Unrichtige Ausübung: l. 10. 11 pr. l. 18 pr. eod., l. 5 §. 1 D. de aqua quot. 43. 20. Ausübung bei Mehrheit der dienenden Grundstücke: l. 18 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6 (dazu Elvers S. 843 fg.) — Liegt eine Ausübung des Nießbrauches schon in der Thatsache, daß man für Ueberlassung desselben von einem Andern etwas empfängt? Darüber widersprechende Entscheidungen in l. 38—40 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. ususfr. 7. 4.

[5] Vorbehaltlich jedoch des Anspruchs auf Wiedereinsetzung. L. 14 pr. l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 34 §. 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 23 §. 2 ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. Seuff. Arch. VIII 349 Note 5.

[6] L. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2.

[7] Der servitus non altius tollendi gegenüber ist erforderlich, daß höher gebaut, der servitus tigni immittendi gegenüber, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen, verstopft worden sei, l. 6 D. de S. P. U. 8. 2, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6. Vgl. Zachariae v. Lingenthal über die

hervorgerufenen[8] Zustand. Dabei darf die Handlung, durch welche der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand hervorgerufen worden ist, weder gegen den Willen des Berechtigten, noch hinter seinem Rücken, noch vergünstigungsweise[9], und muß in gutem Glauben vorgenommen worden sein[10]. d) Die Verjährungszeit beträgt, ohne Unterschied zwischen Nichtausübung und Freiheit der Ersitzung, so wie ohne Unterschied zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen, zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden[11]. e) Durch die

---

Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 59. 50, Rudorff krit. Jahrb. d. deutsch. RW. 1844 S. 327, Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 138.

[8] L. 7 D. de S. P. U. 8. 2.

[9] Das Letztere sagen ausdrücklich l. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4; daraus und aus der Analogie der Dienstbarkeitsersitzung muß auf das Andere geschlossen werden. Unterholzner II S. 219; a. M. Wirth S. 59—62, Elvers S. 777 Note 9.

[10] Die Vorschrift des canonischen Rechts (c. 20. X. de praescr. 2. 26) gilt auch für diesen Fall. So auch Unterholzner S. 220, Vangerow a. a. O. g. E. (S. 788); a. M. Brinz S. 279. Die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. VI. 316, VIII. 349 Nr. 3, X. 20, XXI. 24, welche das Erforderniß des guten Glaubens leugnen, sprechen nur von dem non usus.

[11] Im älteren Recht betrug die Verjährungszeit bei Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen ein Jahr, bei Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen zwei Jahre, Paul. sentent. I. 17 §. 1. 2. III. 6 §. 30, l. 13 C. de serv. 3. 34. Die Aenderung hat Justinian getroffen, l. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, l. 13 C. de serv. 3. 34. Abgelaufen ist die Verjährungszeit, wo es auf Nichtgebrauch ankommt, mit der Beendigung, wo auf Freiheitsersitzung, mit dem Anbruch des letzten Tages (nach Analogie des für die Eigenthumsersitzung Geltenden, §. 180 Note 5). Bei der Ersitzung der Freiheit findet Zusammenrechnung verschiedener Besitzeszeiten nach den Grundsätzen der Eigenthumsersitzung (§. 181) Statt; l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2 spricht von einem Fall, wo der folgende Besitzer ohne Rechtsnachfolge eingetreten ist, oder ist zu einer Zeit geschrieben, wo die Zusammenrechnung bei der Sondernachfolge noch nicht anerkannt war. Unterholzner §. 234, Wirth S. 55. 56. Bei der Verjährung durch bloße Nichtausübung versteht es sich von selbst, daß die Nichtausübung des früheren Berechtigten dem jetzigen Berechtigten angerechnet wird, vgl. l. 18 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Ueber die Berechnung der Verjährungszeit in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden darf, s. l. 7 D. quemadm. serv. 8. 6, l. ult. pr. C. de serv. 3. 34. Ist ein Nießbrauch „alternis annis" hinterlassen, so wird er durch Nichtgebrauch gar nicht verloren „quia plura sunt legata", l. 28 D.

Erhebung des Processes wird auch diese Verjährung unterbrochen[12]. f) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumsersitzung müssen auch hier zur Anwendung gebracht werden[13]; dafür ist aber auch eine außerordentliche Verjährung, welche ihre Zeitfrist von der Anspruchsverjährung entlehnt, anzuerkennen[14]. g) Dem Untergang durch Nichtgebrauch ist ganz entzogen der Nießbrauch, zu welchem Jemand ein Jahr um das andere berechtigt ist[15], das Wohnungsrecht[16], und das Recht des Weges zu einem Grabmal[17].

## VI. Der Dienstbarkeitsanspruch.

### §. 217.

Der dem Dienstbarkeitsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß Niemand sich mit dem der Dienstbarkeit gemäßen Willensinhalt in thatsächlichen Widerspruch setze. Gegen denjenigen, welcher dieß dennoch thut, geht der Dienstbarkeitsanspruch

quib. mod. usufr. 7. 4, l. 13 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. III §. 656 Note 4, und Unterholzner S. 221—224, Elvers S. 783—785.

[12] Nach classischem römischem Recht unterbrach auch hier, wie bei der Eigenthumsersitzung, die Erhebung des Processes die Verjährung nicht, aber das Urtheil nahm auf Ablauf derselben keine Rücksicht (l. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5). Für das Justinianische Recht muß auch hier l. 2 C. de ann. exc. 7 40 als maßgebend erachtet werden (vgl. §. 180 Note 7, §. 213 Note 4).

[13] Entweder auch hier, oder auch nicht bei dem Erwerbe der Dienstbarkeiten durch Ersitzung; wird der Schluß von dem totalen Recht auf das partielle in diesem letzteren Falle gemacht, so muß er auch in unserem gemacht werden. Vgl. überdieß l. 28 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 10 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, l. 5. 6 D. de fundo dotali 23. 5; aber auch l. 78 §. 2 D. de I. D. 23. 3, l. 3 §. 5 D. de reb. eor. 27. 9 (II §. 441 Note 8).

[14] Vgl. überhaupt Unterholzner §. 229; aber auch Elvers S. 774.

[15] S. Note 11 a. E.

[16] L. 10 pr. D. de usu 7. 8. Nach römischem Recht gehörten hierher auch die operae legatae. S. §. 208 Note 8. 9.

[17] L. 4 D. quemadm. serv. 8. 6.

* Dig. 7. 6 si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — Elvers §. 76. 77. Glück IX S. 423 fg. X S. 230 fg. Sintenis I S. 591—595.

§. 217. [1] Actio confessoria, l. 2 pr. D. si serv. 8. 5 (§. 198 Note 8). Eine Verschiedenheit der actio (der formula), wie beim Eigenthum, wird hier durch die Verschiedenheit der Verletzung nicht begründet; die confessoria gilt bei totaler wie bei partieller Verletzung.

auf Wiederaufhebung der darin liegenden Rechtsverletzung; durch die Verweigerung seiner Befriedigung wird dieser Anspruch zur Dienstbarkeitsklage (§. 122)[1]. Die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung besteht, so weit ein dauernder, der Dienstbarkeit widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, in der Herstellung des der Dienstbarkeit entsprechenden Zustandes[1a], jedenfalls in Ersatz des durch die Schuld des Verletzers angerichteten Schadens[2]; außerdem kann der Verletzte auch hier, wie bei der Verletzung des Eigenthums durch Eingriff, verlangen, daß ihm durch das Urtheil Sicherheit gegen künftige Verletzung gegeben werde[3]. Geltendmachen kann den Anspruch aus der Rechtsverletzung der Dienstbarkeitsberechtigte[4], bei Grunddienstbarkeiten aber nicht bloß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[5], sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Nießbraucher[6], so wie der redliche Erwerber[7]. Steht das herr-

---

[1a] Nach den gleichen Grundsätzen, wie bei der actio negatoria. S. §. 198 Note 3. 4.

[2] L. 4 §. 2. 5 l. 6 §. 6 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5, l. 5 C. de serv. 3. 34. Vgl. §. 198 Note 5. Besteht die Rechtsverletzung in der Vorenthaltung der Sache, zu deren Innehabung der Dienstbarkeitsberechtigte befugt ist, wie beim Nießbrauch, so treten die gleichen Grundsätze ein, wie bei dem Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung (§. 193—197). Vgl. l. 5 §. 3—5 (6) l. 6 D. si ususfr. 7. 6. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 143 fg. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 509.

[3] Nach römischem Recht durch Auferlegung einer Caution (l. 5 §. 6 [7] D. si ususfr. 7. 6, l. 7 D. si serv. 8. 5), nach heutigem durch Strafdrohung. Vgl. §. 198 Note 6.

[4] L. 5 pr. D. si ususfr. 7. 6.

[5] L. 2 §. 1 l. 6 §. 3 D. si serv. 8. 5.

[6] L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 3 §. 3 l. 9 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 §. 9 D. de superf. 43. 18, l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25. Dem Nießbraucher gab die herrschend gewordene Meinung der römischen Juristen nicht utilis confessoria actio aus der Grunddienstbarkeit, sondern verwies ihn auf die vindicatio ususfructus, d. h. die directa confessoria actio aus dem Nießbrauch (l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 §. ult. D. de O. N. N. 39. 1), während Julian die entgegengesetzte Meinung vertheidigte (l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25, l. 2 D. de O. N. N. 39. 1). Das war eine Frage bloß nach der Einrichtung der formula; sachlich war es unbestritten, daß der Nießbraucher die Ansprüche aus den dem Nießbrauchsgrundstücke zustehenden Dienstbarkeiten verfolgen könne. Vgl. Jhering Abhandlungen S. 124—127. 140; übrigens auch Dernburg Pfandr. II S. 389—390. Bremer das

schende Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch ohne Zuziehung des andern verfolgen[8]. — Einen gleichen Anspruch wie die wirklich begründete Dienstbarkeit gewährt der bloße redliche Erwerb derselben einem Jeden gegenüber, welcher nicht seinerseits Eigenthum an der Sache oder wenigstens redlichen Erwerb derselben darthun kann[9].

---

Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 181 fg. will den Pfandgläubiger nur im Falle des Faustpfandes zulassen, in unberechtigter Pressung des von den citirten Stellen gebrauchten Ausdruckes pignus.

[7] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, folgt aber von selbst daraus, daß der redliche Besitzer sogar die Sache selbst verfolgen kann.

[8] Erfolgt jedoch eine Geldcondemnation, so wird ihm der Beklagte nur nach Maßgabe seines Eigenthumsantheils condemnirt; dagegen gilt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst auch für die andern Miteigenthümer. L. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5. Vgl. §. 132 Note 4—6.

[9] Mit andern Worten: die actio confessoria kann auch als Publiciana angestellt werden. In den Quellen ist das nicht ausdrücklich gesagt (L. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 3 spricht nicht von dem Fall der Bestellung durch den Nichteigenthümer, sondern von dem Fall der Bestellung in civilrechtlich nicht genügender Form, vgl. 212 Note 1 gegen das Ende); aber die Analogie des Eigenthums läßt sich nicht abweisen. Beruft sich der Beklagte nicht auf Eigenthum sondern auf redlichen Besitz, so ist in der §. 199 Num. 4 bezeichneten Weise zu unterscheiden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob auch die Bestellung durch den unredlichen Besitzer zur Publiciana confessoria berechtige. Vgl. Hasse Rhein. Mus. I S. 116 Note 55, Ihering Abhandlungen S. 143—145, H. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV S. 158—163, Arndts §. 191 Anm.; Seuff. Arch. XIV. 209. Ueber die Conception der formula vgl. Keller §. 185 Note 2.

# Sechstes Kapitel.

## Emphyteusis und Superficies.

### Einleitung.

### §. 218.

Die Dienstbarkeiten sind Nützungsrechte an fremder Sache, denen gegenüber das Eigenthumsrecht, welches sie beschränken, das vorwiegende Recht ist (§. 200). Es gibt aber auch Nützungsrechte an fremder Sache, welche durch ihren Inhalt und ihre Dauer so hoch gesteigert sind, daß sie dem Eigenthumsrechte nur noch eine untergeordnete Bedeutung lassen. Solche Nützungsrechte hat sowohl das römische, wie das germanische Rechtsleben ausgebildet. Die römischen Bildungen dieser Art sind die Emphyteusis und die Superficies, jene auf fruchttragende Grundstücke, diese auf Gebäude berechnet[1]; aus dem germanischen Recht gehören hierher das Lehensverhältniß und die verschiedenen particularrechtlichen Gestaltungen des bäuerlichen Verhältnisses, bei welchen der Bauer auf der einen Seite nicht Eigenthum, und auf der andern Seite ein dingliches Recht hat[2]. Die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über Emphyteusis und Superficies darf nicht bezweifelt werden. Zwar braucht es nicht erst gesagt zu werden, daß die genannten römischen Bezeichnungen dem heutigen Volksleben fremd sind; aber wenn man auch davon absehen will, daß aus früherer Zeit in Deutschland noch Rechtsverhältnisse übrig sind, welche mit Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder doch unter ausdrücklicher oder sonst unzweifelhafter Beziehung auf das römische Recht begründet worden sind, und ferner davon, daß durch gelehrt gebildete Juristen oder unter Mitwirkung solcher eine derartige Begründung auch gegenwärtig noch vorkommen kann: so ist doch auch, wo heutzutage ohne Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder ohne

---

[1] An beweglichen Sachen kennt Nützungsrechte der bezeichneten Art weder §. 218. das römische noch das deutsche Recht.

[2] Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 245 fg., Gerber §. 188 fg., Beseler §. 183 fg.

ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf das römische Recht, Rechtsverhältnisse an fremder Sache begründet werden, welche nach der Absicht der Parteien eine unbeschränkte Nützungsbefugniß gewähren und zugleich eine immerwährende oder doch längere Dauer haben sollen, für die Anwendung der römischen Grundsätze ein breiter Raum gelassen. Vor Allem, wenn das Nützungsobject ein Gebäude ist; in diesem Falle ist die römische Theorie der Superficies unmittelbar maßgebend. Dieß ist auch unbestritten, da sich in Betreff von Gebäuden abweichende deutschrechtliche Bildungen dem römischen Rechtsinstitute nicht an die Seite gestellt haben. Aber auch wenn das Nützungsobject ein fruchttragendes Grundstück ist, muß zwar in ersten Linie darauf gesehen werden, ob nicht die Parteien ein deutschrechtliches Rechtsverhältniß der Art haben begründen wollen, wie es bei ihnen particularrechtlich üblich ist, und wenn bei ihnen ein Rechtsinstitut dieser Art particularrechtlich besteht, ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß dieß ihr Wille wirklich sei: sobald aber für eine solche Auslegung des Verleihungswillens kein Raum ist, wird auch hier nichts Anderes übrig bleiben, als die römischen Grundsätze von der Emphyteusis zur Anwendung zu bringen[3].

Es liegt nahe, den Versuch zu machen, die römischen, dem Volksleben unverständlichen Bezeichnungen durch entsprechende deutsche wiederzugeben, wobei sich namentlich die Ausdrücke Erbpachtrecht, Erbzinsrecht darbieten. Da jedoch diese Ausdrücke bereits zur Bezeichnung ähnlicher deutschrechtlicher Verhältnisse in Beschlag genommen sind, so wird, wenn nicht Verwirrung in die Theorie gebracht werden soll, von diesem Versuche abgestanden werden müssen.

Ueber die Auffassung, welche Emphyteusis und Superficies zu einer Art von Eigenthum (dominium utile) macht, ist schon oben (§. 169[a] Note 9) gehandelt worden; über die geschichtliche

---

[3] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta §. 174 a. E. und Vorlef. dazu, Sintenis I S. 537—538, Arndts §. 195 Anm. 4, Wächter in der bei §. 223 citirten Schrift S. 27 fg. (der zweiten Ausg.).

[4] Der Zweifel, ob diese Rechte nicht Mehr, als Rechte an fremder Sache seien, liegt bei ihrer großen Umfassendheit sehr nahe. Schon Gajus (III. 145) mußte diesen Zweifel zurückweisen, und für die Emphyteusis hat Kaiser Zeno

Entwicklung dieser Institute im römischen Recht findet sich das Nöthige in der Note[5] bemerkt.

---

durch ein eigenes Gesetz (l. 1 C. de iure emphyt. 4. 66) ausdrücklich erklärt, daß sie zwar Mehr als Pachtrecht, aber weniger als Eigenthumsrecht sei. S. auch l. 1 §. 1 D. si ager vect. 6. 3, l. 3 §. 4 D. de reb. eor. 27. 9, l. 71 §. 5. 6 D. de leg. I° 30, l. 86 §. 4 D. eod., l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2. Allerdings aber drängt sich bei diesen Rechten die Vorstellung, daß der Berechtigte die Sache habe, und nicht bloß ein Recht an der Sache, fortwährend ein; den prägnantesten Ausdruck hat diese Vorstellung in l. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3 gefunden, und nicht überall hat sie ihre Wirksamkeit auf die Gestaltung des Ausdrucks beschränkt. Vgl. außer den Schriftstellern, welche an dem im Texte bezeichneten Orte genannt sind, noch Thibaut civil. Abhandlungen Nr. 11, Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 851. 852, Schmid Handb. (näher citirt beim folgenden §.) II §. 20 Note 8. §. 25 Note 3, Vangerow I §. 358 Anm. Für die Bezeichnung „Untereigenthum" ist neuerdings auch Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. I S. 309 (373) eingetreten. „Rechtlich darf man freilich aus dem Worte „„Eigenthümer"" keine praktischen Consequenzen ableiten wollen". Das Letztere ist die Hauptsache. — Ueber und gegen die Idee Büchel's (civilistische Erörterungen I. 3 S. 22—71. II S. 282—283, 2. Aufl. I S. 471), welcher das Wesen von Emphyteusis und Superficies darin sieht, daß sie Rechte auf Ausübung fremden Eigenthums seien (überstimmend, wenigstens in Betreff der Emphyteusis, Elvers Servitutenlehre §. 34), s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 7.

[5] Das Justinianische Recht der Emphyteusis hat eine doppelte Wurzel, eine weströmische und eine oströmische; die Bezeichnung Emphyteusis gehört der oströmischen Bildung an, während in dem weströmischen Theil des Reiches das entsprechende Recht ius in fundo vectigali genannt wurde. Justinian's Compilatoren haben aus dem doppelten Rechtsinstitute ein einiges gemacht (vgl. die Rubrik von Dig. VI. 3 „si ager vectigalis *i. e. emphyteuticarius* petatur", auch l. 15 §. 1 D. qui satisd. 2. 8). Das Recht desjenigen, welchem ein ager vectigalis verliehen worden war, war ursprünglich kein dingliches Recht, sondern nur ein Pachtrecht; dem Pächter gewährte aber der Prätor (vgl. Arndts im Rechtslex. III S. 852 Note 27, dens. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 280—282) mit Rücksicht auf die immerwährende oder lange Dauer der Pacht eine actio in rem (l. 1—3 D. tit. cit), und aus dieser actio in rem hat dann die Jurisprudenz die Dinglichkeit des Rechts entwickelt (l. 75 §. 5. 6 D. de leg. I° 30). In gleicher Weise war die Superficies ursprünglich nur obligatorisches Recht, und ist zum dinglichen Recht ebenfalls auf Grund der vom Prätor verliehenen actio in rem geworden (l. 1 pr. §. 1. 3 D. de superfic. 43. 18, l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30). Vgl. Schmid

## I. Emphyteusis*.

### A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta.

### §. 219.

Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nützung des fremden Grundstücks[1], ohne daß er an die dem Nießbraucher gezogenen Schranken (§. 203) gebunden wäre; nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht[2]. Die Früchte erwirbt er, wie der Eigenthümer, durch die bloße Trennung von der Hauptsache[3]. Er überträgt sein Recht auf seine Erben[4], und kann es auf Todesfall wie unter Lebenden veräußern[5]; ebenso kann er es

---

(von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 249 Note 6, A. Vuy citirt beim folgenden §., Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 849—851, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. 7.

* Dig. 6. 3 si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. 4. 66 de iure emphyteutico. — Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 406—443 (1817). A. Vuy de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum (1838). Arndts in Weiske's Rechtslexicon III S. 849—884 (1844). Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts II S. 1—57 (1848). Glück VIII S. 378—556, Sintenis I §. 55.

§. 219. [1] Es ist oben bemerkt worden, daß das Institut der Emphyteusis auf fruchttragende Grundstücke berechnet sei; daß es bei Gebäuden unmöglich sei, darf nicht behauptet werden. Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 1 §. 2, l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2. v. Buchholtz Abhandl. S. 306—309, Arndts S. 853. 854, Schmid §. 20 Note 11.

[2] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8.

[3] L. 25 §. 1 de usur. 22. 1. Vgl. Schmid S. 55—56, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 313 fg. — Auf den Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch; doch ist dieß bestritten. Vgl. Schmid §. 22 Note 31, Arndts S. 855.

[4] §. 3 I. de loc. 3. 24, l. 1 pr. D. h. t. Die für kirchliche Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. vorgeschriebene Beschränkung der Erblichkeit ist später wieder weggefallen, Nov. 120 c. 1 §. 2. c. 6 §. 1, c. 7 X. de reb. eccl. alien. 3. 13. Schmid §. 22 Note 5, Arndts S. 855 Note 42.

[5] §. 3 I. cit., l. 71 §. 5. 6 l. 39 §. 5 D. de leg. I° 30, l. 3 C. h. t. Bei der Umfassenheit des Rechts liegt es nahe, als Gegenstand der Veräußerung, wie beim Eigenthum, die Sache selbst zu bezeichnen, und das thun die drei ersten der citirten Stellen (vgl. auch l. 66 pr. D. de evict. 21. 2) in der That; aber deßwegen ist es in der Wirklichkeit nicht weniger ein Recht an fremder Sache, welches veräußert wird. L. 71 §. 6 cit. „Sed et si non

verpfänden[6]. Er kann das seinem Recht unterworfene Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren[7], natürlich nur für die Dauer seines Rechts[8]. Gegen Jeden, welcher ihm das Grundstück vorenthält, hat er einen Anspruch auf Herausgabe desselben, und kann diesen Anspruch klagend verfolgen[9]; das Nähere für denselben bestimmt sich nach der Analogie des Eigenthumsanspruchs[10]. In gleicher Weise kann er eine dem Grundstück zustehende Dienstbarkeit, so wie die Freiheit des Grundstücks gegenüber einem Dienstbarkeitsanspruch, geltend machen und im Processe vertreten[11]. Gleiche Ansprüche, wie die wirklich begründete Emphyteusis, gewährt der redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigenthum an dem Grundstück oder wenigstens redlichen Erwerb desselben darthun kann[12].

---

municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus". Vgl. auch l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, wo es selbst vom Nießbraucher das eine Mal heißt, daß er „usumfructum", das andere Mal, daß er „fundum" vermiethe.

[6] L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 31 D. de pign. 20. 1. Diese Stellen bezeichnen ebenfalls als Gegenstand der Verpfändung nicht das Recht, sondern die Sache. Vgl. §. 227 Note 3.

[7] L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. Vgl. Thibaut Versuche II. 15 S. 303—310, Buchholtz Versuche S. 199—200, Schmid §. 22 Note 11.

[8] Nur in dem Falle überdauern sie sein Recht, wo dasselbe durch Zusammentreffen mit dem Eigenthumsrechte erlischt. In diesem Falle dauert auch das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht fort. Vgl. §. 205 Note 4 a. E., §. 206 Note 10 a. E., und über die verschiedenen Ansichten Arndts S. 856, Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 296 fg. und Erläuterungen I S. 270 fg., Schmid §. 22 Note 13, Dernburg Pfandr. I S. 221, Scheurl krit. VJSchr. II S. 445 unt. 446, Bekker das. VI S. 482, Bürkel Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 59. 60, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 153, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs (1873) S. 79.

[9] Er hat eine in rem actio, welche den besonderen Namen vectigalis actio führt. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 15 §. 26 D. de dammo inf. 39. 2, l. 66 pr. D. de evict. 21. 2.

[10] Die actio des Emphyteuta ist eine utilis rei petitio, l. 16 D. de serv. 8. 1.

[11] Er hat utilis confessoria actio (utilis servitutis petitio) und utilis negatoria actio. Für die confessoria sagt dieß ausdrücklich l. 16 D. de serv. 8. 1, für die negatoria folgt es aus der utilis rei petitio.

## §. 220.

Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in gutem Stande zu erhalten[1]. — Er muß die Lasten der Sache tragen[2], und dem Eigenthümer der Sache eine jährliche Abgabe entrichten[3]. Die Höhe der Abgabe bestimmt sich durch die bei der Verleihung gemachte Festsetzung; regelmäßig steht sie zu dem Fruchtertrag des Grundstücks in keinem Verhältniß, da die Emphyteusis auf Verbesserung des Grundstücks durch den Empfänger berechnet ist[4].

---

[12] Der Emphyteuta hat die Publiciana actio, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2. Vgl. §. 217 Note 9.

§. 220. [1] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8. — Compensation der Verbesserungen mit den Verschlechterungen: Thibaut Versuche II. 15 Nr. 2. — Kann der Emphyteuta für seine Verbesserungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen? Für gewisse Fälle des Verlustes der Emphyteuse zur Strafe ist die Frage gesetzlich verneint, l. 2 C. h. t., Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8. Sie ist aber auch überhaupt zu verneinen; der Emphyteuta hat seinen Ersatz darin, daß er seine Verbesserungen genießen oder (den Genuß derselben) veräußern kann (vgl. l. 3 C. h. t.). Doch ist dieser Punkt bestritten; vgl. Arndts S. 883, Schmid §. 23 Note 1. — Vgl. noch Seuff. Arch. XXIV. 18.

[2] L. 2 C. h. t. Schmid §. 23 Note 11.

[3] In den Quellen canon, pensio, vectigal, reditus genannt, §. 3 I de loc. 3. 24, l. 1 pr. l. 2 D. h. t. — Die Obligation auf Entrichtung der jährlichen Abgabe ist einerseits mit dem emphyteutischen Recht, und andererseits mit dem Eigenthum als solchem, verbunden, und geht daher mit diesen Rechten auf jeden neuen Erwerber derselben über, ohne daß es erst eines neuen Vertrags mit dem neu Eintretenden bedürfte. Schmid S. 31, Brinz S. 287. 288. A. M. Unterholzner Schuldverhältnisse II S. 364, H. Muehler de iure emphyteutico transferendo §. 7. 10—14 (1835). S. auch Note 5.

[4] Die Emphyteusis stellt den Eigenthümer so eminent ungünstig, drückt sein Eigenthumsrecht so sehr auf einen bloßen Namen hinunter, daß der Eigenthümer sich zu einer solchen Verleihung, abgesehen von ganz besonderen Fällen, nur dann entschließen wird, wenn es ihm an Arbeits- und Capitalkraft fehlt, um sein Grundstück in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem es einen Fruchtertrag zu gewähren im Stande ist. — Wie ist es, wenn bei der Verleihung festgesetzt werden sollte, daß gar keine Abgabe zu entrichten sei? Gewöhnlich nimmt man die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abgabe in die Definition des Rechtsinstitutes auf, und Arndts (S. 884) erklärt die Abgabe ausdrücklich für wesentlich zum Dasein der Emphyteusis. Aber ich sehe nicht ein, warum eine solche Festsetzung ungültig, oder wegen ihrer das verliehene Recht, wenn nur die Absicht der Begründung einer Emphyteusis sonst feststeht,

So lange die Abgabe nicht entrichtet ist, braucht der Eigenthümer die Ausübung des emphyteutischen Rechts nicht zu gestatten[5]. Rückstände gehen auf den neuen Erwerber der Emphyteuse über[6].

---

weniger unter den Grundsätzen von der Emphyteusis stehen sollte. Vgl. auch Wächter in der bei §. 223 citirten Schrift S. 59 fg. (der zweiten Ausg.).

[5] Dieß geht hervor aus l. 16 §. 2 l. 17 D. de pign. act. 13. 7, vgl. l. 15 D. qui pot. 20. 4, welche Stellen den Satz enthalten, daß der Eigenthümer wegen der rückständigen Abgaben dem Pfandgläubiger (demjenigen, dem die Emphyteusis verpfändet worden ist) vorgehe. Dieß erklärt sich nur entweder aus einem dem Eigenthümer zustehenden gesetzlichen und privilegiirten Pfandrecht, von dem nichts bekannt ist, oder in der im Text bezeichneten Weise. — Wächter a. a. O. S. 88 fg. (der zweiten Ausg.) ist der Ansicht, daß der Eigenthümer gegen den Sondernachfolger des Emphyteuta nur das im Text bezeichnete Recht habe (Wächter spricht zwar unmittelbar bloß von der Superficies, will aber wohl unzweifelhaft das Gleiche auch für die Emphyteusis behauptet haben). Wächter meint, die Erstreckung der Schuld auf den Sondernachfolger sei eine zu tief in die Principien des römischen Rechts einschneidende Anomalie, als daß sie angenommen werden dürfte; überdieß ergebe sich aus dieser Erstreckung ein ius in re (Reallast) an eigener Sache. Aber das letztere Argument setzt doch eben voraus, daß die Reallast ein dingliches Recht sei, was sie meiner Ansicht nach nicht ist; und was das erste Argument angeht, so ist zuvörderst zu bemerken, daß auch das Pfandrecht mit obligatorischen Verpflichtungen verbunden ist, und der Uebergang dieser Verpflichtungen auf den Sondernachfolger in das Pfandrecht, soviel ich weiß, von Niemandem beanstandet wird. Daß diese Verpflichtungen nicht eine Geldabgabe, sondern ein gewisses Verhalten in Betreff der Pfandsache zum Gegenstand haben, kann doch keinen Unterschied machen. Zu erinnern ist auch an die servitus oneris ferendi (§. 211a Note 3) und, wenn auch nicht an die Trajanische Alimentenstiftung (wegen ihres öffentlichen Charakters), doch an Plin. Ep. VI. 18. Vgl. noch Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 557 fg., Pernice Labeo I S. 479.

[6] Ich stütze diesen Satz, den ich sonst nicht anerkannt finde, auf l. 39 §. 5 D. de leg. I° 30. „Heres cogitur legati praedii solvere vectigal praeteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquae forma", d. h. der Erbe muß die genannten Abgaben dem Vermächtnißnehmer, welcher seinerseits dem Gläubiger zu ihrer Entrichtung verpflichtet ist, ersetzen. Diese Auslegung ist nothwendig in Betreff der öffentlichen Abgaben (l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 36 D. de I. F. 49. 14, l. 5 §. 2 D. de cens. 50. 15, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16), und muß daher auch gemacht werden in Betreff des von dem Superficiar zu entrichtenden solarium, deßwegen aber auch in Betreff des von dem Emphyteuta zu entrichtenden vectigal — wenn man nicht geradezu unter dem vectigal der Stelle auch das emphyteutische vectigal mit verstehen will. Dernburg Pfandr. I §. 349 Note 1 versteht

Auf Erlaß wegen geschmälerten Fruchtertrages, wie der Pächter, hat der Emphyteuta keinen Anspruch[7]. — Will der Emphyteuta veräußern, so muß er den Eigenthümer um seine Zustimmung angehen; dieser kann die Zustimmung zwar nicht willkürlich versagen, darf sich aber für die Ertheilung derselben eine Abgabe von 2% des Kaufpreises bez. des Werthes der Emphyteusis entrichten lassen. Ertheilt der Eigenthümer seine Zustimmung, ohne Grund für die Versagung zu haben, binnen zwei Monaten nach gestelltem Gesuch nicht, so kann der Emphyteuta ohne Zustimmung des Eigenthümers veräußern. Für den Fall des Verkaufs steht dem Eigenthümer ein Vorkaufsrecht zu; er muß sich aber über die Ausübung dieses Rechts binnen zwei Monaten nach gemachter Anzeige erklären[8].

---

darunter nur das emphyteutische vectigal, während Wächter a. a. O S. 97 und nach ihm das Erk. des OAG. zu Rostock vom 3. Mai 1869 bei Budde Entscheidungen ꝛc. VII S. 101 fg. auch unter solarium nur eine öffentliche Abgabe verstanden wissen wollen, und sich danach gegen den im Text aufgestellten Satz erklären. Ein Beweis für diese Beschränkung des Sinnes des Ausdrucks solarium, oder auch nur dafür, daß solarium in irgend einer Stelle etwas Anderes bezeichne, als eine privatrechtliche Abgabe, ist nicht beigebracht. (Wenn hingegen Wächter geltend macht, daß aus l. 39 §. 5 cit. nicht hervorgehe, in welcher Weise der Rückstand gegen den neuen Erwerber geltend zu machen sei, so ist dem beizustimmen, und so habe ich in dieser Ausgabe zurückgenommen, was in der letzten gesagt war, daß die Stelle einen Beweis auch für das in der vorigen Note Gesagte liefere.)

[7] L. 1 C. h. t. Manche sind anderer Meinung, namentlich wegen l. 15 §. 4 i. f. D. loc. 19. 2, welche Stelle aber füglich auf die Pachtung von Gefällen bezogen werden kann. Vgl. Arndts S. 862—864, Schmid S. 32—34, Vangerow §. 359 Anm.

[8] Die hier angegebenen Verpflichtungen des Emphyteuta in Betreff der Veräußerung beruhen auf l. 3 C. h. t. Die Annahme des neuen Emphyteuta muß der Eigenthümer durch eine von ihm vollzogene Urkunde, oder gerichtlich zu Protokoll, oder vor einem Notar erklären. Die für die Ertheilung des Consenses zu entrichtende Abgabe wird heutzutage Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt; nach der Praxis fällt sie dem Erwerber zur Last. Ist die Frist von 2 Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechts eine andere, als die Frist von 2 Monaten für die Ertheilung des Consenses? Dem Wortlaut der Stelle nach allerdings. Vgl. über diese und andere Fragen Arndts S. 864—867, Schmid S. 18. 36—39.

## 2. Begründung der Emphyteusis.

### §. 221.

Der hauptsächlichste Grund der Entstehung der Emphyteusis ist Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welcher die Emphyteusis erwerben soll. Bei kirchlichen Emphyteusen bedarf dieser Vertrag schriftlicher Abfassung[1], bei andern nur insofern, als durch den Vertrag etwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes festgesetzt wird[2]. Besitzübergabe ist zur Entstehung des emphyteutischen Rechts nicht erforderlich[3]. — Die Emphyteusis kann aber nicht bloß durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß des Eigenthümers begründet werden[4]. Sie kann ferner durch richterliche Verfügung[5], und endlich auch durch Ersitzung begründet werden, mag an der Sache bisher eine Emphyteusis noch nicht bestanden haben, so daß der

---

[1] Nov. 120 c. 6 §. 2. Doch ist es nicht unbestritten, daß die schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit des Vertrags sei. Schmid §. 21 Note 6. §. 221.

[2] L. 1 C. h. t. Andere leugnen die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung für diesen Fall, während noch Andere sie für alle Fälle behaupten. Vgl. Arndts S. 870. 871, Schmid §. 21 Note 5.

[3] Dieselbe wird in den Quellen nirgends verlangt; umgekehrt heißt es in L. 1 §. 1 D. h. t.: „qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem . .". Duroi Arch. f. civ. Pr. VI S. 397, Hasse Rhein. Mus. I S. 93, Arndts S. 869, Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III S. 250—253, vgl. auch Wächter a. a. O. S. 61 fg. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht viele Anhänger; s. Schmid S. 10 und die das. in Note 9 Genannten. — In Deutschland kommt auch hier die Grundbuchfrage in Betracht.

[4] Ohne daß, wie Einige behaupten, ein besonderer Contract zwischen Erbe und Vermäßtnißnehmer nöthig wäre. Arndts S. 871—872, Schmid §. 21 Note 1. Vgl. Wächter a. a. O. S. 98 fg.

[5] Zwar ist es nicht wohl denkbar, daß der Richter im Theilungsproceß zur Begründung einer nicht bestehenden Emphyteusis Veranlassung haben könnte; aber man denke an den Fall, wo er ein auf Bestellung einer Emphyteusis gesprochenes Urtheil durch eventuelle eigene Bestellung sogleich vollstreckt. S. §. 173 Note 4 u. 5, §. 214 Note 2. Wächter a. a. O. S. 104 fg.

Eigenthümer es ist, welcher durch die Ersitzung verliert, oder mag die Sache bereits einer Emphyteusis unterworfen gewesen sein, so daß das Recht des bisherigen Emphyteuta es ist, welches durch die Ersitzung ausgeschlossen wird[6]. Zwar ist die Ersitzung der Emphyteusis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt[7]; aber es ist nicht einzusehen, weßwegen sie im Sinne des römischen Rechts bei der Emphyteusis unzulässig sein sollte, wenn sie einerseits beim Eigenthum und andererseits bei den Dienstbarkeiten zulässig ist[8]. Im Besonderen muß die Analogie der Nießbrauchsersitzung entscheiden[8a].

---

[6] Man pflegt in dem zweiten dieser Fälle von Uebergang einer bestehenden Emphyteusis durch Ersitzung zu reden (so auch Arndts S. 877 [anders in der 5. Aufl. der Pandekten §. 198 Anm.], Puchta Pand. §. 177. t). Das ist nicht zu billigen; der ganze Begriff der s. g. Translativverjährung (Unterholzner Verjährungslehre I §. 2) ist unhaltbar. Die Verjährung überträgt nie das Recht, welches bis dahin der Eine gehabt hat, auf einen Andern, sondern sie erzeugt für den Erwerber ein neues, d. h. von dem Rechte irgendwelchen Vorgängers unabhängiges Recht. Schirmer die Grundidee der Usucapion S. 65, Wächter a. a. O. S. 107 fg. (vgl. dens. Württemb. Privatr. II S. 612 Anm. 4). Daher findet in den beiden im Text genannten Fällen ein juristischer Unterschied nicht Statt; in beiden wird eine Emphyteusis, welche bis dahin noch nicht bestanden hat, erzeugt. (Arndts in der oben genannten Stelle seiner Pandekten leugnet die juristische Unterschiedslosigkeit beider Fälle auch jetzt noch; bei der s. g. translativen Ersitzung sei der ursprüngliche Begründungsact für die Rechte und Pflichten des Emphyteuta maßgebend. Dagegen bemerkt Wächter a. a. O. S. 107 Note 11 mit Recht, daß für die Wirkung der Ersitzung nichts Anderes maßgebend sei, als das Verhältniß, wie es während der Ersitzungszeit geübt wurde.)

[7] Ja für den zweiten der genannten Fälle wird die Zulässigkeit der *usucapio* ausdrücklich geleugnet, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 (wo übrigens, übereinstimmend mit dem in §. 218 Note 4 Gesagten, als Gegenstand der usucapio nicht das ius in praedio vectigali, sondern das praedium vectigale selbst genannt wird), vgl. l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2. Aber dadurch ist die Zulässigkeit der Ersitzung überhaupt ebensowenig ausgeschlossen, wie sie es bei den Dienstbarkeiten dadurch ist, daß die lex Scribonia die usucapio servitutium aufgehoben hat.

[8] Für die Ersitzung s. Arndts S. 872—874. 877—878, Schmid S. 11—14, H. Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (der Letztere hält für entscheidend die in der vorigen Note genannte l. 12 § 2 D. de Publ., indem er von der daselbst für das ius in agro vectigali gewährten Publiciana auf die Ersitzbarkeit desselben zurückschließt, und die usucapio, deren Zulässigkeit

Eine bestehende Emphyteusis kann übertragen werden durch die Willenserklärung des Emphyteuta, letztwillige oder vertragsmäßige[9], sowie durch Verfügung des Richters[10]. Bei Uebertragung durch Willenserklärung unter Lebenden wird nach Analogie des für den Eigenthumserwerb Geltenden Besitzübergabe verlangt[11].

---

die Stelle leugnet, auf das Eigenthum bezieht). Ueber l. 14 C. de fundo patr. 11. 61 s. Schmid a. a. O. Note 16, Francke a. a. O. S. 119. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Andere schließen entweder die Ersitzung ganz aus, oder wollen nur die außerordentliche zulassen, machen auch wohl einen Unterschied zwischen begründender und übertragender Ersitzung (Note 6). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 239. 240, Puchta §. 177, Vangerow I §. 360 Anm. Nr. 2, Sintenis I §. 55 Anm. 27, und die Literaturübersicht bei Francke a. a. O. S. 116—118. — Kann eine Emphyteusis auch in der Weise durch Ersitzung begründet werden, daß das Eigenthum ohne die Emphyteusis ersessen wird? (Der Eigenthümer gerirt sich als Emphyteuta, und wird als solcher von dem Nichteigenthümer, welcher sich für den Eigenthümer hält, anerkannt.) Die Frage ist zu verneinen für den Fall, wo die Ausübung der Emphyteuse durch den Eigenthümer auf der Einräumung des Nichteigenthümers beruht, weil hier der Nichteigenthümer den Besitz verliert. S. §. 156 Note 5, und außer den daselbst Citirten Schmid S. 15. 16.

[8a] Nicht die Analogie der Eigenthumsersitzung. Wenn man die Emphyteusis als Recht an fremder Sache anerkennt, so muß man sie auch als solches behandeln, wo die Quellen nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmen (vgl. Note 11). Unter den Dienstbarkeiten aber steht der Nießbrauch der Emphyteusis am nächsten. Vgl. Wächter a. a. O.; a. M. Schmid und Francke a. a. OO.

[9] S. §. 219 Note 5.

[10] L. 7 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 10 D. fam. erc. 10. 2, l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2, s. außerdem Note 5.

[11] Ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann. L. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 knüpft an die Tradition die Publiciana actio an, die Publiciana aber verlangt, was den Titel angeht, nichts, was nicht auch für das Recht selbst erforderlich wäre. Vgl. auch l. 1 §. 7 D. de superfic. 43. 18: „Sed et tradi posse intellegendum est (sc. superficiem)". A. M. neuestens F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 77—78.

## 3. Beendigung der Emphyteusis.

§. 222.

Abgesehen von den in §. 165 genannten allgemeinen Beendigungsgründen der dinglichen Rechte, durch welche mit der Emphyteusis auch das Eigenthum beendigt wird, und abgesehen von dem Zusammenkommen von Eigenthum und Emphyteusis in derselben Hand, wodurch die Emphyteusis kraft ihres Wesens als Recht an fremder Sache ihre formale Existenz verliert, hört die Emphyteusis durch folgende Thatsachen auf[1]:

1) durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung, unter welcher sie verliehen worden ist[2];

2) durch Aufgabe von Seite des Berechtigten, welche aber, wenn sie unter Lebenden erfolgt, um bindend zu sein, vom Eigenthümer acceptirt sein muß[3];

---

§. 222. [1] Zu den im Folgenden genannten Thatsachen wird von den meisten Schriftstellern noch hinzugefügt der unbeerbte Tod des Emphyteuta. Es ist aber nicht abzusehen, warum nicht die Emphyteusis mit dem übrigen Vermögen an den Fiscus fallen sollte. So auch Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 295 Note 23 und Erläuterungen I S. 404, Sintenis I §. 55 Note 35, vgl. auch Wächter (cit. bei §. 223) S. 123. Andere Schriftsteller, welche sich für diese Meinung ausgesprochen hätten, kenne ich nicht. Vgl. Glück VIII S. 522, Schmid §. 24 Note 6.

[2] S. §. 90 Note 4, §. 86 Note 6; l. 3 D. h. t. Vgl. auch Schmid §. 24 Note 4

[3] Vgl. §. 215 Note 11. Bis zur Acceptation besteht also die Emphyteusis fort. Bis zur Acceptation ist daher auch der Emphyteuta von seinen Pflichten nicht frei, und wenn die Acceptation verweigert wird, wird er von seinen Pflichten überhaupt nicht frei. Das Letztere ist freilich bestritten (dawider Arndts S. 378, Schmid §. 24 Note 9, Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 253—255); aber der bezeichneten Consequenz gegenüber wird es so lange behauptet werden müssen, bis sich für das Gegentheil ein Quellenzeugniß beibringen läßt, und dieß ist nicht möglich. Denn ein Rückschluß von dem für den Nießbrauch Anerkannten (§. 215 Note 11) ist in dieser Beziehung nicht erlaubt, da der Nießbrauch viel mehr lediglich im Interesse des Berechtigten besteht, als die Emphyteusis (auch abgesehen davon daß die Emphyteusis auf Cultivirung des Grundstücks berechnet ist, schon wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Canons). Hiernach kann die Beweiskraft der l. 3, C. de fundo patr. 11. 61, welche man für die hier vertheidigte Meinung ebenfalls geltend gemacht hat, dahin gestellt bleiben (vgl. Unterholzner Schuldverh. II S. 365 Note e).

3) durch Verjährung, aber nicht durch bloße Nichtsausübung[3a] von Seiten des Berechtigten, sondern durch Ersitzung der Freiheit von Seiten des Gegners[4];

4) durch Verwirkung des Berechtigten[5]. Derselbe verliert zur Strafe sein Recht in folgenden Fällen: a) wenn er das Grundstück deteriorirt[6]; b) wenn er mit der Entrichtung der an den Eigenthümer zu leistenden Abgabe oder der öffentlichen Abgaben drei Jahre rückständig bleibt[7] — bei kirchlichen Emphy-

---

Nur wenn in einem gegebenen Falle weder ein Canon zu entrichten, noch die Emphyteusis auf eine im Interesse des Eigenthümers vorzunehmende Cultivirung des Grundstücks berechnet wäre, würde dem Emphyteuta einfache Dereliction zu gestatten sein. Vgl. Wächter a. a. O. S. 120 fg. — Das Gleiche muß gelten, wenn die Emphyteusis durch Vermächtniß zurückgegeben wird (l. 71 §. 5 D. de leg. I° 30), und der Eigenthümer dieses Vermächtniß ausschlägt.

[3a] Dieß habe ich in der 1. Auflage behauptet, indem ich auf die Analogie des Nießbrauchs verwies. Aber mit Recht bemerkt dagegen Wächter (cit. bei §. 223) S. 112, daß der Untergang der Dienstbarkeiten durch bloße Nichtausübung etwas so Besonderes sei, daß es mehr als bedenklich sein würde, diese Art der Verjährung auf andere dingliche Rechte zu übertragen. Daraus, daß die Emphyteusis kein Eigenthumsrecht ist, folgt noch nicht, daß sie in allen Beziehungen nach den Grundsätzen von den Dienstbarkeiten behandelt werden muß.

[4] Nach Analogie der Ersitzung der Pfandfreiheit. S. §. 248 Num. 3. So auch die herrschende Meinung, vgl. Arndts S. 879—880, Schmid S. 43—45, Unterholzner Verjährungslehre II §. 241. A. M. Wächter a. a. O. S. 109 fg., welcher hier, wie beim Pfandrecht, nur Verjährung des Anspruchs (der Klage) annimmt. S. dagegen §. 248 Note 17. Man bemerke auch noch: wenn es eine das Recht, nicht bloß die Klage, aufhebende Verjährung gibt sowohl bei dem Höheren, dem Eigenthum, als dem Minderen, der Dienstbarkeit, warum sollte es eine solche Verjährung nicht auch bei dem Mittleren, der Emphyteusis, geben?

[5] Man spricht in diesen Fällen gewöhnlich von einer „Privation" des Berechtigten.

[6] Nov. 120 c. 8, Auth. *Qui rem* C. de ss. eccl. 1. 2. Diese Stellen handeln zwar nur von kirchlichen Emphyteusen; aber sie stellen neben den Emphyteuta den gewöhnlichen Pächter, und für die Pacht gilt der gleiche Grundsatz (l. 3 C. de loc. 4. 65). Vgl. c. 2 §. 7 C. 10 qu. 2 und Schmid §. 24 Note 14—19.

[7] L. 2 C. h. t. Daß die entscheidenden Worte dieser Stelle: „sin . . . per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit" nicht conjunctiv, sondern alternativ zu fassen sind,

teusen genügt in Betreff der dem Eigenthümer zu leistenden Abgabe schon zweijährige Säumniß[8]; c) wenn er veräußert, ohne die ihm für diesen Fall obliegenden Pflichten (§. 220 Note 8) zu erfüllen[9]. Der Verlust der Emphyteusis tritt mit diesen Thatsachen ohne Weiteres ein[10]; wenn der Eigenthümer sein Recht klagend verfolgt, so hat der von ihm erlangte Richterspruch nur declaratorische Bedeutung. Jedoch ist natürlich der Eigenthümer nicht genöthigt, von seinem Recht Gebrauch zu machen; thut er es nicht, so wird es so angesehen, als sei die Emphyteusis nie verloren worden[11].

## II. Superficies*.

### §. 223.

Das Recht der Superficies beruht auf der Vorstellung, daß Jemandem ein Gebäude oder eine sonstige auf einem Grundstück

---

nimmt die herrschende Meinung an, theils wegen des unmittelbar vorhergehenden „si solitam pensionem *vel* publicarum functionum apochas non reddiderit", theils wegen Nov. 7 c. 3 §. 2. Arndts S. 881 Note 157, Schmid §. 24 Note 20. — Mahnung durch den Eigenthümer ist nicht erforderlich, l. 2 C. cit., c. 4 i. f. X. de loc. 3. 18. Vgl. hierüber und über andere hierher gehörige Fragen Arndts S. 880. 881, Schmid S. 47—51.

[8] Nov. 7 c. 3 §. 2, Nov. 120 c. 8, c. 4 X. de loc. 3. 18.

[9] L. 3 i. f. C. h. t., c. 4 X. de loc. 3. 18.

[10] L. 2 C. h. t.: — „suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat". L. 3 eod.: — „iure emphyteutico cadat". Nov. 7 c. 3 §. 2: — „fiant omnino extranei emphyteumatis". In Nov. 120 c. 8 heißt es unbestimmter: — „damus licentiam eicere . . de emphyteusi". Doch kann nach canonischem Recht der Verlust wegen Nichtentrichtung des Canon durch schleunige Nachzahlung („celeri satisfactione") abgewendet werden, c. 4 X. de loc. 3. 18. Unter „schleuniger" Nachzahlung ist zu verstehen Nachzahlung vor der Erklärung des Eigenthümers, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Arndts S. 881 Note 159. Andere gestatten Nachzahlung bis zur erhobenen Klage. Schmid §. 24 Note 28.

[11] Ueber das Ganze s. Arndts S. 882, Schmid S. 52—54.

* Dig. 43. 18 de superficiebus. — Wächter das Superficiar- oder Platzrecht. Fünf akademische Programme. 1866—68. Zweite, sehr vermehrte und theilweise umgearbeitete Ausgabe in: Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, erster Band, 1868. Nach dieser Ausgabe wird hier citirt. Noch vor dieser zweiten Ausgabe ist erschienen: Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 1—124 (1868). Diese Schrift verfolgt

befindliche Anlage[1] gehöre ohne den Grund und Boden[2]. Ein solches Rechtsverhältniß ist aber juristisch nicht möglich, da das mit dem Grund und Boden (dauernd) Zusammenhängende keine selbständige Existenz hat, sondern nur Bestandtheil des Grundes und Bodens ist, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechts sein kann, sondern von dem am Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältniß nothwendig mit ergriffen wird[2a]. In dieser Weise wird die Superficies zu einem Rechte an fremder Sache (Grundstück mit der darauf befindlichen Anlage)[3], dessen Inhalt freilich, wie der Inhalt der Emphyteusis, aus der Vorstellung heraus bestimmt wird, daß der Superficiar Mehr als ein Recht an fremder Sache habe. So hat auch er, wie der Emphyteuta, ein unbeschränktes Benützungsrecht, ja es muß ihm, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist, selbst das Recht der Verfügung über die Substanz der superficiarischen Sache zugestanden werden[4]; er über-

---

mehr den historischen Gesichtspunkt. Ueber beide Schriften: Mandry krit. VJSchr. XII S. 508 fg. — Gesterding (cit. bei §. 219) S. 444—454. Schmid (das.) S. 57—85. Sintenis I §. 56.

§. 223. [1] S. Note 19. 20.

[2] L. 9 §. 4 D. de damno inf. 39. 2: — „si solum sit alterius, superficies alterius"; l. 74 D. de R. V. 6. 1: — „qui in alieno solo superficiem . . habet"; ebenso l. 1 §. 1 D. h. t. Vgl. l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17: — „coenaculum . . in quo alius quasi dominus moretur" (doch verstehen Andere unter diesem quasi dominus einen Bewohner, der sich wirklich für den Eigenthümer hält oder ausgibt, vgl. Wächter S. 33 fg.). Auch in l. 12 §. 3 D. de Publ. 12. 3 möchte man das „a non domino" auf den veräußernden Superficiar beziehen.

[2a] S. §. 138 a. E., §. 188 Note 7. 10. Degenkolb S. 114 fg., Wächter S. 10 fg. 25 fg.

[3] L. 2 D. h. t. „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum". L. 86 §. 4 D. de leg. I° 30, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 10 D. fam. erc. 10. 2.

[4] Namentlich also das Recht zum Abbruch des superficiarischen Gebäudes. Ist die Absicht der Verleihung darauf gerichtet, daß der Superficiar Eigenthümer des Gebäudes werden solle, so kann dieß nicht zweifelhaft sein: anders wäre z. B. zu entscheiden, wenn Jemandem ein bereits bestehendes oder auf Kosten des Eigenthümers zu errichtendes Gebäude auf 99 Jahre vermiethet, oder in „Erbpacht" gegeben wird (Note 12). Vgl. Schmid S. 68, und

trägt sein Recht auf seine Erben[5], und kann es von Todes wegen wie unter Lebenden veräußern[6], so wie verpfänden[7]; er kann auf die Dauer seines Rechts Dienstbarkeiten an dem Grundstück bestellen[8]; er kann sein Recht gegen Jedermann, nöthigenfalls klageweise, geltend machen, und sowohl die dem Grundstück zustehenden Dienstbarkeiten, als die Freiheit des Grundstücks von Dienstbarkeiten verfolgen und im Processe vertreten[9]. Auf der anderen Seite ist auch der Superficiar, wie der Emphyteuta, verpflichtet, die Lasten der Sache zu tragen[10], und dem Eigenthümer die festgesetzte jährliche Abgabe, nach den für die Emphyteuse geltenden Grundsätzen[11], zu entrichten[11a]. Dagegen liegen ihm die dem Emphyteuta in Betreff der Veräußerung auferlegten Pflichten nicht ob. — Begründet wird das Recht der Superficies durch Verleihung des Eigenthümers, letztwillige oder vertragsmäßige[12], durch richter-

namentlich Wächter S. 40—43. Wem steht das Eigenthum an dem Abbruchsmaterial zu? Wächter das. S. 43—44.

[5] L. 10 D. fam. erc. 10. 2.

[6] L. 1 §. 7 D. h. t.

[7] L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 §. 6 D. h. t. (in welcher Stelle statt petitori zu lesen ist pignori [mit Streichung des folgenden in], oder creditori, vgl. Degenkolb S. 96 Note 1, Wächter S. 38 Note 7, Mommsen in seiner Ausgabe). Als Gegenstand der Veräußerung und Verpfändung wird auch hier nicht das süperficiarische Recht, sondern das Gebäude selbst bezeichnet. Vgl. §. 227 Note 3.

[8] L. 1 §. 6. 9 D. h. t., l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 3, Schmid §. 27 Note 7.

[9] Er hat utilis petitio rei, utilis confessoria und negatoria actio, eine jede derselben auch als Publiciana. L. 1 pr. §. 1. 3. 6 D. h. t., l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 4. Vgl. Degenkolb S. 92 fg.

[10] Dieser Satz rechtfertigt sich durch die Analogie der Emphyteusis (§. 220 Note 2) und des Nießbrauchs (§. 204 Note 4).

[11] Solarium, pensio. L. 74 D. de R. V. 6. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 2 §. 17 ne quid in loco publ. 43. 18. Das Rechtsverhältniß ist dasselbe wie bei der Emphyteusis (§. 220 Note 3). Wesentlich ist diese Abgabe auch hier nicht. Wächter S. 59 fg. A. M. Degenkolb S. 29 fg. (vgl. Note 12).

[11a] S. §. 220 Note 5 und 6, und die dort gegebenen Citate.

[12] Bei letztwilliger Verleihung bedarf es auch hier, wie bei der Emphyteusis, nicht eines besonderen Contractes mit dem Erben; die an die Super-

liche Verfügung[13] und durch Ersitzung[14]; übertragen wird eine bestehende Superficies durch Willenserklärung des Berechtigten, zu welcher aber, wenn sie eine vertragsmäßige ist, Besitzübertragung hinzukommen muß[15], und durch Verfügung des Richters. — Auch für die Beendigung der Superficies gilt im Uebrigen das Näm=

ficies angeknüpften obligatorischen Verpflichtungen entstehen unmittelbar mit dem Rechte. Wächter S. 98 fg. Bei vertragsmäßiger Verleihung kommt es auf den Namen des Vertrages nicht an. Derselbe kann unter dem Namen eines Miethvertrages auftreten, wenn nämlich die Miethe auf immer oder doch „non ad modicum tempus" eingegangen wird (l. 1 pr. §. 3 l. 2 D. h. t.), wobei den Gegenstand entweder das Gebäude ꝛc., oder, was gewöhnlicher ist, der Grund und Boden mit Rücksicht auf ein von dem Miether für sich zu errichtendes Gebäude bilden kann; als sonstiger Vertrag, wodurch Jemandem erlaubt wird, für sich auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude zu errichten (l. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 438, vgl Bruns fontes iuris Romani antiqui p. 142—143); als Veräußerungsvertrag, wenn nämlich als das zu veräußernde Object das Gebäude im Gegensatz zum Grund und Boden bezeichnet wird (l. 1 §. 1 D. h. t., l. 32 D. de I. D. 23. 3); als Vertrag, durch welchen ein Gebäude ꝛc. in „Erbrecht", zu „Erbzinsrecht", oder mit Anwendung einer ähnlichen, über die Absicht der Parteien keinen Zweifel lassenden Bezeichnung gegeben wird. Mit Recht macht aber Wächter darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung des Vertrags als Miethvertrag eine ungenaue sei und der auf Begründung eines dinglichen Rechts gerichteten Intention der Parteien nicht Genüge leiste. Vgl. Note 17. Degenkolb S. 25 fg. ist der Ansicht, daß die Begründung der Superficies immer einen Miethvertrag voraussetze; allerdings aber könne der Miethzins bloße Recognitionsgebühr sein, und in diesem Falle sei der Miethvertrag Erscheinungsform für Kauf oder Schenkung. Degenkolb S. 45 fg. behauptet ferner, die Begründung einer Superficies sei nur in der Weise möglich, daß der Superficiar für sich ein Gebäude errichte. Gegen beides s. die gründliche Ausführung von Wächter S. 63—79, auch Mandry S. 515 fg. — Daß zum Vertrage Besitzübertragung hinzukommen müsse, darf hier so wenig, wie bei der Emphyteusis, behauptet werden. Vgl. l. 1 pr. §. 3 D. h. t. Wächter S. 61 fg.

[13] S. §. 221 Note 5. Wächter II S. 104 fg.

[14] Es gilt hier Alles was in Betreff der Emphyteusis gesagt worden ist (§. 221 Note 7—8a). Die usucapio war auch bei der Superficies ausgeschlossen, l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2. L. 26 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts, sondern die Möglichkeit der Ersitzung des Eigenthums am Gebäude ohne den Grund und Boden (l. 23 pr. eod.). Vgl. Schmid §. 26 Note 17, H. Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (welcher hier l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2 für entscheidend hält, wie bei der Emphyteusis §. 2 eod.), Wächter S. 101 fg.

[15] Dafür spricht die Analogie der Emphyteusis (§. 221 Note 11) und

liche, wie für die Beendigung der Emphyteusis[16]; es finden aber keine Anwendung die Grundsätze von dem Verlust durch Verwirkung[17], und wenn die superficiarische Anlage untergeht, so ist zuzusehen, ob es nicht dem Sinne des Bestellungsactes gemäß ist, daß der Superficiar die Anlage neu solle errichten dürfen[18].

Wenn oben gesagt worden ist, daß auch andere Anlagen außer Gebäuden den Gegenstand des superficiarischen Rechts bilden können, so sind darunter nicht bloß bauliche Anlagen[19] zu verstehen, sondern auch Bäume und sonstige Pflanzungen[20]. — Auch an einem Theil eines Gebäudes ist eine Superficies möglich[21].

---

l. 1 §. 7 D. h. t. A. M. Wächter S. 106. Ueber letztwillige Uebertragung vgl. l. 86 §. 4 D. de leg. I° 30.

[16] Ueber die Beendigung durch Zeitablauf s. l. 1 §. 3 D. h. t. In Betreff der Ersitzung der Freiheilt a. M. Wächter a. a. O. (§. 222 Note 4). Auch in Betreff der Dereliction (§. 222 Note 3) ist Wächter S. 120 fg. anderer Meinung (der Superficiar soll sich von der Verpflichtung zur Zahlung der Abgabe durch Dereliction befreien können), mit Berufung darauf, daß die Abgabe mehr nur die Natur einer Beschränkung des superficiarischen Rechts, einer Bedingung seiner Ausübung habe. Vgl. 220 Note 5.

[17] Andere (so auch die 1. Auflage dieses Lehrbuchs, Mandry S. 518), geben dem Eigenthümer, überhaupt oder im Fall der Begründung der Superficies durch Miethe, das Recht, den Superficiar wegen zweijähriger Nichtzahlung der Abgabe auszutreiben, nach Analogie von l. 54 §. 1 l. 56 D. loc. 19. 2. Dagegen mit Recht Wächter S. 81 fg. Vgl. Note 12.

[18] Vgl. Wächter S. 116 fg. A. M. Degenkolb S. 49 fg.

[19] Z. B. eine Mauer, eine Wasserleitung, eine ausgemauerte Düngergrube. Wächter S. 52 fg.

[20] Dieß ist bestritten, so namentlich von Büchel Erörterungen I S. 283—284, Schmid §. 25 Note 11; aber s. besonders Wächter S. 53 fg. Derselbe macht mit Recht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck superficies ein ganz allgemeiner sei, und daß sachlich kein Grund vorhanden sei, die Superficies bei Pflanzungen auszuschließen. „Auch kommen Fälle dieser Art nicht so selten vor; namentlich sind mir Beispiele bekannt, in denen Jemandem von einer Gemeinde das Recht eingeräumt wurde, auf ihrem Weideplatze gegen die Zahlung eines geringen Solariums Bäume zu pflanzen, die ihm gehören sollten. Sollte dieses Recht ein bloßes Recht aus einer Obligation sein, das gegen einen Käufer des Weideplatzes nicht hätte geltend gemacht werden können? oder sollte es ein bloßer Nießbrauch an den Bäumen sein, welcher mit dem Tode des Pflanzenden erlöschen würde? Die Absicht der Parteien ging hier aus guten Gründen auf ein wirkliches Superficiarrecht, und so wurde es auch von der Gemeinde aufgefaßt und anerkannt".

# Siebentes Kapitel.

## Das Pfandrecht*.

### I. Begriff und Wesen.

### §. 224.

Pfand[1] im juristischen Sinne des Wortes ist eine Sache, welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren. Die Erreichung dieses Zweckes ist in verschiedener Weise denkbar; nach der letzten Entwicklung, welche das Pfandrecht bei den Römern erfahren hat[2] und in welcher es nach Deutschland übergegangen ist, wird

---

[21] L. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17. Wächter S. 50 fg., Degenkolb S. 53 fg. 223 fg., Mandry S. 521 fg. Superficies an einem Keller: Seuff. Arch. VI. 152.

* Dig. XX. Cod. VIII. 14—35. — Das neueste und beste Werk über das Pfandrecht ist das von H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1. Band 1860 (rec. von Scheurl krit. VJSchr. II S. 416 fg. 481 fg.), 2. Band 1864. Von früheren Bearbeitungen sind zu nennen: Gesterding die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts 1816, zweite Aufl. 1831. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfaudrechts 1836. Bachofen das römische Pfandrecht 1. (einziger) Band 1847 (eine Bearbeitung des römischen Pfandrechts vom rein philologischen Standpunkt aus, s. Vorrede S. XI); rec. von Keller krit. Jahrb. für deutsche RW. XI S. 961 fg. Glück Bd. XVIII Abth. 2. Bd. XIX. — Ueber das deutsche Recht vor der Reception des römischen s. das Werk von v. Meibom, das deutsche Pfandrecht, 1867. Darüber: Stobbe krit. VJSchr. IX S. 285 fg. — Ueber „das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht" s. Laband Zeitschr. f. HR. IX S. 225 fg. 425 fg. (1866). Goldschmidt Handelsrecht I §. 83—98.

[1] Das römische Wort für Pfand ist pignus, von pago oder pango, griech. πήγνυμι, fest machen, befestigen. Dernburg I S. 49. In Betreff der Etymologie des deutschen Wortes vgl. Meibom S. 24 fg. §. 224.

[2] Frühere Formen des Pfandrechts bei den Römern sind die fiducia und das pignus im engeren Sinn; bei jener erhielt der Pfandgläubiger Eigenthum, bei dem letzteren nur einen durch die possessorischen Interdicte geschützten Besitz (§. 154 Note 3). Die neueste Form des Pfandrechts führt den speciellen Namen hypotheca. Vgl. über die Geschichte des römischen Pfandrechts: Ru-

er dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger mit der Befugniß ausgestattet ist, für den Fall seiner Nichtbefriedigung die verpfändete fremde Sache in Besitz zu nehmen[3], und durch Veräußerung derselben gegen Entgelt sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen[4].

Das Pfandrecht steht in einem wesentlichen Gegensatz zu allen andern Rechten an fremder Sache. Und zwar nach einer doppelten Richtung. Zuerst durch die Unselbständigkeit seiner Natur. Alle andern Rechte an fremder Sache sind um ihrer selbst willen da, das Pfandrecht hat einen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck; alle andern Rechte an fremder Sache gewähren dem Berechtigten eine Willensherrschaft schlechthin, das Pfandrecht gewährt ihm eine Willensherrschaft nur zu dem Ende, da-

dorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. 4 (1846), Bachofen Nr. I. II. VII. XIX und dazu Keller S. 963—988. 1001—1008. 1019—1022, Brinz Pand. §. 80, Dernburg I §. 1—9 und dazu Scheurl S. 416—433. (Eine Urkunde über Errichtung einer pfandrechtlichen fiducia bei Bruns fontes iuris p. 131. Darüber: Degenkolb Zeitschr. f. RGesch. IX S. 117 fg. 407 fg. Krüger krit. Untersuch. S. 41 fg. Rudorff Zeitschr. f. RGesch. XI S. 52 fg.) — Es ist übrigens auch heutzutage nicht ausgeschlossen, daß die Eigenthumsübertragung zu dem Ende verwendet werde, um einem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen. Vgl. Seuff. Arch. VII. 282, XIX. 122. 145 (XIV. 90). Budde u. Schmidt Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 44. Namentlich gehört dahin auch der heutzutage häufige Fall der Stellung einer Caution durch Einzahlung einer Geldsumme. Vgl. darüber Pfaff in der §. 226ª Note 2 citirten Schrift.

[3] Unwesentlich, aber verträglich mit dem Pfandrecht, ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger. Wir reden in diesem Fall von einem Faustpfand, die Römer gebrauchen zur Bezeichnung desselben den Ausdruck pignus im engern Sinn. Vgl. mit l. 5 §. 1 D. de pign. 20. 1 l. 9 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 238 §. 2 D. de V. S 50. 16, §. 7 I. de act. 4. 6. (Der Ausdruck Faustpfand ist in Deutschland erst nach Reception des römischen Rechts, wie es scheint als Uebersetzung von pignus [l. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16], aufgekommen. Meibom a. a. O. S. 37.)

[4] Das erste dieser Rechte hat seinen Ursprung im prätorischen Edict; der Prätor gab demjenigen, welchem eine Sache verpfändet worden war, actionem in rem, utilem petitionem rei. Auf Grund dieser actio in rem ist das Pfandrecht als dingliches Recht (an fremder Sache) entwickelt worden, wie das ius in agro vectigali und die Superficies (vgl. §. 218 Note 5, §. 223 Note 9). Als dingliches Recht wird es ausdrücklich bezeichnet in l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 30 D. de nox. act. 9. 4, vgl. auch l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Den Standpunkt der Klage hält einseitig fest das

mit ein anderes Recht seine Befriedigung erhalte[5]. Sodann aber unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern dinglichen Rechten an fremder Sache durch seinen weit gehenden Inhalt. Keines von den andern enthält einen so schweren Eingriff in das Recht des Eigenthümers, wie das Pfandrecht; dasselbe führt in seiner Entwicklung zur Vernichtung des Rechts des Eigenthümers[5a].

Weil das Pfandrecht den Zweck in sich trägt, dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, liegt die Vorstellung nahe, daß das Pfandrecht eine Erstreckung des Forderungsrechts von der Person auf die Sache, und somit selbst ein Forderungsrecht sei. Diese Vorstellung scheint eine wesentliche Stütze darin zu finden, daß die Quellen die von den Forderungsrechten gebrauchten Ausdrücke auch auf das Pfandrecht anwenden, und zwar nicht bloß ausnahmsweise, sondern in gewöhnlicher Redeweise[6]. Allein diese Uebertragung erklärt sich vollkommen aus der Gleichheit des Zweckes, welcher bei Forderungsrecht und Pfandrecht stattfindet[7]; sie beweist nicht dafür,

---

Bachofen'sche Werk. S. dagegen Keller Rec. S. 988—996, Dernburg I §. 7. — Das Recht der Veräußerung beruht nicht auf dem prätorischen Edict, sondern auf einer durch Theorie und Praxis zur bindenden Regel erhobenen Auslegung des Verpfändungswillens (§. 237 Note 1).

[5] S. jedoch §. 225 Num. 2.

[5a] Es ist nicht zu verwechseln das Recht des Eigenthümers und das Eigenthumsrecht. Das Eigenthumsrecht wird durch das Pfandrecht gar nicht afficirt, nur das Recht des gegenwärtigen Inhabers des Eigenthums. F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 68.

[6] Der ganz gewöhnliche Ausdruck der Quellen für verpfänden und Verpfändung ist obligare und obligatio; außerdem heißt es: res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori oder pignoris iure tenetur, pignus contrahitur; von der Beendigung des Pfandrechts werden die Ausdrücke distrahere, liberare, luere, solvere gebraucht. S. namentlich l. 5 §. 2 und l. 11 D. quib. mod. pign. 20. 6, und vgl. Riebel in Hugo's civil. Magazin V. 3, Büchel (civil. Erörterungen I. 2 S. 27 fg. (2. Aufl. S. 143 fg.).

[7] Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Bachofen S. 222—226, Brinz §. 82, Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 14—17 und dazu Fitting krit. VJSchr. I S. 77—79, Dernburg I §. 13, Scheurl S. 434 fg., Bekker Zeitschr. f. RGesch. IX S. 401 fg. u. Aktionen S. 5. 6, Exner Kritik des Pfandbegriffes S. 47 fg., Brinz in Grünhut's Zeitschr. f. das Recht der Gegenwart I S. 26 fg.

daß dieser Zweck bei beiden auf dem gleichen Wege erreicht werde. In der That ist das Pfandrecht ein Rechtsverhältniß zur Sache, und nicht (unmittelbar) zur Person; es ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht[8].[9]

## II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung.

### §. 225.

Das Pfandrecht setzt seinem Begriffe nach eine Forderung

---

[8] Was die Dinglichkeit des Pfandrechts angeht, ist übrigens zu vergleichen §. 227 Note 7 mit Text zu Note 8 daselbst. — Die Ansicht, daß das Pfandrecht wirklich ein Forderungsrecht sei, ist namentlich von Büchel civil. Erörterungen I. 2 (1833) und 2. Auflage (1847) I S. 259 fg. 269 fg. 447 fg. vertheidigt worden. Auf der andern Seite ist das Pfandrecht diesem Schriftsteller doch auch wieder ein dingliches Recht; er nennt es ein dingliches Forderungsrecht, bei welchem, wie sonst eine Person, so hier eine Sache Schuldnerin sei, oder, wie er sich an einem andern Orte (2. Aufl. S. 261) ausdrückt, bei welchem eine Sache in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Berechtigten gedacht werde, wie bei der obligatio personae der Schuldner zum Gläubiger. Büchel's Ansicht ist nicht ohne Anhänger geblieben; es bekennen sich zu derselben namentlich Vangerow (I §. 363 Anm. 2), dessen Darstellung aber in der 7. Aufl. einigermaßen modificirt ist, und Sintenis (pfandrechtl. Streitfragen I S. 5. 6, Handbuch des Pfandrechts §. 1. 2, gem. Civilrecht I §. 67 Anm. 2), der Letztere jedoch mit der Modification, daß nach ihm nicht die Sache Schuldnerin sein soll, sondern der jedesmalige Eigenthümer. Gegen die Büchel'sche Ansicht haben sich erklärt: Puchta Pand. §. 193. d und Vorles. dazu. Institutionen II §. 249. c, Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 14, Wächter II §. 48 Note 25, Böcking I §. 133 Note 6, Brinz §. 82 (dieser jedoch mit eigenthümlicher Wendung, vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschrift V S. 404—408), Dernburg I §. 12, Scheurl S. 434—439, Keller Pand. §. 190, Unger I §. 62 Note 9. Puchta hat die Gründe für diese Ansicht „unglaublich schwach" genannt, und fast noch stärker drückt sich Keller a. a. O. aus. Uebrigens sind die Versuche, sie auch praktisch zu verwerthen, und Rechtssätze, welche für die Obligation gelten, auf das Pfandrecht zu übertragen, nicht gerade sehr zahlreich; doch hat es an denselben auch nicht ganz gefehlt (vgl. 248 Note 2 und 15).

[9] Durch die Natur des Pfandrechts als dinglichen Rechts bestimmt sich auch seine Stellung im System; für dieselbe kann nicht der Zweck des Pfandrechts maßgebend sein, sondern nur seine juristische Structur. A. M. Arndts, welcher das Pfandrecht unter den Sicherungsmitteln der Forderung abhandelt. S. dens. Pand. §. 136 Note 2 und krit. Jahrb. VII S. 300 fg. Ebenso (schon früher) Wächter I S. 549. II S. 319.

voraus[1]. Ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Dieß bedarf jedoch näherer Bestimmung.

1. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht entstehen. Bestellt aber Jemand wissentlich ein Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung, so entsteht die Frage, ob er nicht gerade dadurch eine Forderung gegen sich begründe; bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl auf den Willen des Verpfändenden, als darauf zu sehen, ob alle gesetzlichen Erfordernisse der Entstehung einer Forderung vorhanden sind[2]. Steht der Forderung eine Einrede entgegen, so kann dieselbe Einrede auch jedem auf das Pfandrecht begründeten Anspruch entgegengesetzt werden, gewiß von dem Schuldner, aber auch von Dritten dann, wenn die Einrede keine rein persönliche ist, oder der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat[3]. Inwiefern in einer Verpfändung, welche mit Kenntniß der die Forderung unwirksam machenden Einrede geschieht, ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden darf, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, welche soeben in Betreff der Verpfändung für eine nicht existirende Forderung geltend gemacht wurden[4]. — Ist die Forderung bedingt oder befristet, so ist es auch das Pfandrecht[5]; wird ein Pfand-

---

[1] In l. 43 D. de sol. 46. 3 wird das Pfandrecht neben den Bürgen zu den „accessiones" der Forderung gezählt. §. 225.

[2] Namentlich ob die Forderung eine erlaubte ist, vgl. l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Was die Auslegung des Willens des Verpfändenden angeht, so wird es einen wesentlichen Unterschied machen, ob in der Erklärung die Forderung als bestehend bezeichnet oder vorausgesetzt ist, oder nicht. Vgl. aus den Quellen etwa l. 11 D. de fidei. 46. 1, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. de accept. 46. 4, und Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 121. 122, Dernburg I §. 74.

[3] L. 32 D. de fidei. 46. 1, l. 15 C. de non num. pec. 4. 30, l. 2 D. quae res pign. 20. 3, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 7 pr. §. 1 D. de exc. 44. 1. Büchel a. a. O. S. 122—124, Dernburg I §. 73. Vgl. Note 8a und II §. 477 Note 7—9.

[4] Vgl. l. 22 C. ad SC. Vell. 4. 29. Büchel a. a. O. S. 126—130, Dernburg I §. 74.

[5] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 §. 5 eod., l. 14 eod., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 161—166.

recht für eine zukünftige Forderung[6] bestellt, so ist zwar die Verpfändung nicht ungültig[6a], aber ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung[7]. — Daß die Forderung, für welche das Pfand-

---

[6] Unter einer zukünftigen Forderung wird hier eine bloß zukünftige Forderung verstanden, d. h. eine Forderung, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, was bei der bedingten und befristeten Forderung allerdings der Fall ist — also z. B. die Forderung aus einem bloß verabredeten Darlehen. In diesem Sinne wird auch offenbar in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1 die obligatio futura der obligatio in diem und sub condicione entgegengesetzt. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt". Dagegen wird in l. 89 D. de V. O. 45. 1, vgl. l 76 § 1 eod., freilich unter futura obligatio eine befristete Obligation verstanden, und gleicherweise könnte natürlich auch die bedingte Obligation eine futura obligatio genannt werden. Die Beschränkung des Ausdrucks auf den im Texte bezeichneten Fall empfiehlt sich durch die Betrachtung, daß für denselben Besonderes gilt, in Betreff nämlich des Ranges der Pfandrechte. Dernburg I §. 68. 69, welcher dieß leugnet, gebraucht denn auch den Ausdruck in ganz allgemeinem Sinne. Sintenis Pfandrecht §. 11 beschränkt ihn auf die befristeten Obligationen, Brinz S. 294. 295 auf diejenigen, von welchen er sagt: „innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben, z. B. innerhalb des Darlehns (Zinsobligation), der Societät, Vormundschaft"; Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte §. 11 u. Studien im bayer. Hypothekenrechte S. 3 fg. fügt zu diesen Obligationen diejenigen hinzu, die von mir als künftige Obligationen bezeichnet werden. — Was die von Brinz und Regelsberger herausgehobenen Obligationen angeht, so sind dieselben (die Obligationen auf die einzelnen Leistungen, im Gegensatz zu der Gesammtobligation, vgl. II §. 252 a. E.) meiner Ansicht nach entweder Obligationen mit bestimmter oder unbestimmter Befristung (sub die certo oder incerto), oder Obligationen mit einem nur im Allgemeinen bestimmten Leistungsinhalt, dessen nähere Bestimmung von der zukünftigen Gestaltung der Verhältnisse abhängt, so daß die Obligation auf die einzelne Leistung ihrem Wesen nach eine bedingte, nur die Bedingung keine äußerlich hinzugefügte, sondern aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses sich ergebende, also eine sg. condicio iuris ist. Vgl. übrigens auch Salkowski Novation S. 322 fg. Anm., und jetzt Brinz in Grünhut's Zeitschr. f. d. R. der Gegenw. I S. 33 fg. Bekker Aktionen II S. 253. 254.

[6a] Vgl. Seuff. Arch. I. 410, XII. 131.

[7] Dieß leugnet Dernburg I §. 69, und nicht bloß für den bezeichneten Fall, sondern für das, was er zukünftige Forderung nennt (Note 6), überhaupt, indem er die Behauptung aufstellt, daß ein Pfandrecht sehr wohl vor der Forderung, welcher es dienen soll, bestehen könne. Indem jedoch Dern-

recht entstehen soll, klagbar sei, ist nicht erforderlich[8], obgleich andererseits nicht eine jede natürliche Verbindlichkeit für das Pfandrecht ausreicht[8a]. — Der Gegenstand der Forderung ist gleichgültig[9]. Schuldner der Forderung kann nicht bloß der Verpfänder sein, sondern auch ein Dritter[10].

2. Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht fortbestehen. Es genügt aber, wie für seine Entstehung, so auch für seinen

burg hinzufügt (S. 526): „natürlich existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld", und bemerkt, bis dahin sei das Verhältniß „in pendenti", nimmt er seine Behauptung selbst wieder zurück, und als seine eigentliche Meinung stellt sich, wie mir scheint, heraus, daß das Bestehen der Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert werden soll, für seine Existenz nicht begriffsmäßiges Erforderniß, sondern äußerlich hinzugefügte Bedingung sei, wie dieß denn auch die, obgleich weniger zuversichtlich vorgetragene, Meinung Fitting's (Rückziehung S. 42—44, krit. VJSchr. I S. 80. 81) ist, auf welchen sich Dernburg beruft; s. jetzt auch Bechmann Dotalrecht I S. 187—190. Ich halte auch diese Meinung, obgleich ich sie früher selbst geäußert habe (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 57), für unrichtig. Zwar wird sich unten (in diesem §. Num. 2) zeigen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines seinem Begriff nach accessorischen Rechts nicht unbedingt durchgeführt hat; aber doch nur insofern nicht, als es unter Umständen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkennt. Davon, daß ein Pfandrecht als selbständiges Recht auch begründet werden könne, findet sich meines Wissens im römischen Rechte nicht die mindeste Spur. Gegen Dernburg und Fitting haben sich ausgesprochen Scheurl krit. Ueberschau V S. 31 u. krit. VJSchr. II S. 498. 499, Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 19. — Uebrigens ist es eine andere Frage, ob nicht auch mit der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer von der obligatorischen Gebundenheit unabhängigen Pfandgebundenheit verträglich ist; dieß ist die praktische Seite der Sache. S. darüber §. 242 Note 8.

[8] L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6, vgl. l. 14 §. 1 D. de pign. 20. 1. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 130—144. Gegen die Meinung, daß das für eine natürliche Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht nur ein Retentionsrecht erzeuge (Francke civil. Abhandlungen S. 80 fg.), s. Büchel a. a. O. S. 144 fg., Vangerow I §. 364 Anm. 2, Dernburg I §. 72, Schwanert Naturalobligationen S. 210—213.

[8a] S. §. 288 Note 4, §. 289. — Für das durch einen Dritten bestellte Pfandrecht reicht die natürliche Verbindlichkeit dann nicht aus, wenn der Dritte einen Rückgriff gegen den Schuldner hat, und das Recht den Schuldner auch gegen indirecte Nöthigung zur Zahlung schützen will. L. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[9] L. 9 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

Fortbestand eine natürliche Verbindlichkeit[11]. Und noch mehr: es kann auch vorkommen daß die Forderung in jeder andern Beziehung abstirbt, und nur für das Pfandrecht fortdauert[12]. Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen gewesen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergang, soweit sein Bereich geht. Mit anderen Worten: die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung[13].

Bedenkt man das hier zuletzt Gesagte, so muß man zugestehen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts nicht unversehrt durchgeführt hat[14]. Wenn es in den bezeichneten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annimmt, so thut es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung; in der Wirklichkeit läßt es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Rechte nur schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht in Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher (§. 229) weiter gegangen. Nicht nur hat es das, was im römischen Recht für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche trifft, erklärt[15]; sondern es findet sich

[10] L. 5 §. 2 D. de pign. 20. 1.

[11] L. 14 §. 1 D. eod.

[12] Das Nähere darüber unten §. 249. Vgl. einstweilen l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3.

[13] L. 59 pr. cit.: „remanet . . propter pignus naturalis obligatio".

[14] So auch mit Entschiedenheit Brinz §. 78. 82, Bremer in der in Note 18 citirten Schrift S. 67 fg. S. auch Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 56 fg. In anderen Darstellungen wird dieß nicht genügend beachtet. Vgl. Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V S. 403—408.

[15] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 151, Beseler §. 97 Nr. VII, Bluntschli §. 100 Nr. 6. Preuß. Ges. vom

in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedarf[16], ein Satz, welcher im römischen Recht ohne den mindesten Anhalt ist[17]. In dieser Entwickelung hat das Pfandrecht (die Hypothek) die Natur eines accessorischen Rechts ganz abgestreift; es ist ein selbständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerthes einer Sache geworden[18].

## §. 226.

Erleidet die Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert ist, eine Veränderung, so folgt ihr das Pfandrecht in die neue Gestaltung[1]. Wird die Forderung vergrößert, so erstreckt sich das Pfandrecht auf den Zuwachs[2]. Wird sie verkleinert,

---

5. Mai 1872 §. 57. „Das Hypotheken- und Grundschuld-Recht wird nur durch Löschung im Grundbuch aufgehoben".

[16] Die Mecklenburger revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. October 1848 §. 16 und die revidirte Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 §. 19 bestimmen, daß der Antrag auf Eintragung in das Hypothekenbuch „durch eine . . persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr . . . dieserwegen Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen" sei. Ebenso kann nach dem Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 die Bewilligung zur Eintragung in das Grundbuch „mit Angabe eines Schuldgrundes geschehen (Hypothek), oder ohne Angabe eines Schuldgrundes (Grundschuld)".

[17] Ueber die Frage, ob nicht, und in welchem Umfange, das Pfandrecht des älteren deutschen Rechts von der Forderung unabhängig gewesen sei, s. jetzt namentlich die Ausführungen von Meibom S. 273 fg. 409, welcher Schriftsteller die Frage für die ältere Satzung („die Satzung als Tauschgeschäft") bejaht, und über abweichende Ansichten die Citate das. S. 15. 16, Stobbe krit. VJSchr. IX S. 292—310, Beseler deutsch. Privatr. §. 95, Gerber deutsch. Privatr. §. 149, Goldschmidt Handelsrecht I §. 87 Note 1.

[18] Hat aber das Recht in dieser Entwickelung nicht die Natur eines Rechts an der Sache ganz abgestreift und ist zu einem Forderungsrecht gegen den jedesmaligen Eigenthümer des belasteten Grundstücks mit Beschränkung der Execution auf dieses Grundstück geworden (s. g. Realobligation)? So v. Meibom das Mecklenburgische Hypothekenrecht §. 5. 13. 21; dagegen Bremer Hypothek und Grundschuld (Göttingen 1869) Anm. S. 53 fg., welcher Schriftsteller zur Bezeichnung des Rechts die Ausdrücke Werthrecht oder Grundrecht vorschlägt. Vgl. noch Bähr Jahrb. f. Dogm. XI S. 49 fg. 96 fg., v. Bar Arch. f. civ. Pr. LIII. 11.

[1] So namentlich, wenn sie sich in eine Forderung auf Interesse verwandelt. §. 226.

so dauert das Pfandrecht unvermindert für jeden Rest derselben fort[3].

Tritt zu der versicherten Forderung eine andere Forderung als Nebenforderung hinzu, so erstreckt sich das Pfandrecht ordentlicher Weise auch auf diese[4], vorbehaltlich jedoch der Auslegung des Verpfändungswillens, welcher auch auf das Gegentheil gerichtet sein kann[5]. Aus dem Verpfändungswillen ist auch zu entscheiden, inwiefern das Pfand haftet, wenn aus dem Geschäfte, bei welchem das Pfand gegeben worden ist, eine andere als die eigentlich beabsichtigte Obligation entsteht[6].

## III. Gegenstand des Pfandrechts*.

### §. 226a.

Den Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen bilden,

---

[2] So namentlich auf Verzugszinsen, Ortsinteresse. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7.

[3] L. 6 C. de distr. pign. 8. 28, l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 19 D. de pign. 20. 1. Daher ist es auch gleichgültig für das Pfandrecht, daß die Obligation durch Erbgang sich in mehrere Obligationen spaltet; für jede neue Obligation besteht ein gleiches Pfandrecht fort, l. 8 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 25 §. 14 D. fam. erc. 10. 2, l. 16 C. de distr. pign. 8. 28, l. 1 C. si unus ex plur. 8. 32, vgl. l. 2 eod., l. 1 C. de luit. pign. 8. 31. S. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts. Vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII S. 188 fg., Sintenis I §. 67 Note 6, Dernburg II §. 82—84, Siebenhaar Correalobligat. S. 154 fg., Bremer (§. 225 Note 13) S. 34 fg.

[4] So namentlich auf die durch das Pfandrecht selbst hervorgerufenen Forderungen, z. B. wegen Verwendungen, die auf die Pfandsache gemacht worden sind, wegen der Kosten der Proceßverfolgung und des Pfandverkaufs. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 14. Dernburg I S. 551, Scheurl krit. VJSchr. II S. 507.

[5] Von demjenigen, welcher ein Pfandrecht für eine Kapitalschuld bestellt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er dasselbe Pfandrecht auch für die Zinsen habe bestellen wollen, freilich auch nur im Zweifel. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 18. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 4 C. de usur. 4. 32. S. andererseits l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 6 D. de pign. 20. 1. Bachofen S. 593 fg., Dernburg I S. 555—557.

[6] Z. B. aus einem Darlehnsgeschäft entsteht statt der vertragsmäßigen Dahrlehnsobligation nur eine Obligation wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1 und Dernburg I §. 75.

* Sintenis §. 12—28, Dernburg I §. 54—65. Glück XIX S. 199 fg.

welche dem Verkehre nicht entzogen sind (§. 147)[1], bewegliche sowohl wie unbewegliche, selbst solche, deren Gebrauch in ihrem Verbrauche besteht[2]. Auch an einem Bruchtheil einer Sache ist ein Pfandrecht möglich; in diesem Falle haftet der Körper der Sache ganz (§. 140), und hört dadurch nicht auf, ganz zu haften, daß er zwischen den mehreren Miteigenthümern getheilt wird[3].

---

[1] L. 3. 6 C quae res pign. 6. 17. Dernburg I S. 426—428. §. 226a.

[2] Auch an Geld ist ein Pfandrecht möglich, l. 34 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Dasselbe dauert natürlich nur so lange, als die verpfändeten Geldstücke aufgefunden werden können. Können sie aufgefunden werden, so darf der Pfandgläubiger sich in den Besitz derselben setzen, und sie sich zu seiner Befriedigung aneignen; der Verkauf fällt hier der Natur der Sache nach weg. Ebenso wenn der Gläubiger sogleich bei der Verpfändung in den Besitz derselben gesetzt worden ist. Vgl. L. Pfaff in der unten in dieser Note citirten Schrift S. 12 fg. — Geld kann aber auch in der Weise verpfändet werden, daß es zu Eigenthum übertragen wird, so z. B. bei der Bestellung einer Caution. In diesem Fall ist immerhin ein Pfandrecht vorhanden; aber freilich kein Pfandrecht an fremder Sache. Vgl. §. 224 Note 2 a. E. und über den genannten Fall insbesondere Gesterding Ausbeute IV S. 7 fg., Dernburg I S. 429. 430, L. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das s. g. pignus irregulare (Wien 1868), Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 173 fg. Pfaff (zustimmend Hofmann krit. VJSchr. XII S. 542 fg.) und Exner construiren das Rechtsverhältniß in einer m. E. wenig natürlichen und dem Parteiwillen nicht entsprechenden Weise; Pfaff nimmt Pfandrecht an der gegen den Pfandgläubiger selbst begründeten Forderung, Exner Pfandrecht an dem Leistungsobject dieser Forderung an — die letzte Annahme ist sogar mehr als unnatürlich, sie ist unmöglich, da sie zu einem dinglichen Recht an einer generisch bestimmten Sache führt. Nach meiner Ansicht ist der Pfandgläubiger, wenn er für seine Forderung nicht befriedigt wird, einfach deßwegen nicht verpflichtet zur Rückgabe der ihm gezahlten Geldsumme, weil der mit ihm abgeschlossene Vertrag ihn nur für den Fall hat verpflichten wollen, daß er befriedigt werden sollte. Wird er nicht befriedigt, so ist er ebenso wenig verpflichtet, wie in diesem Fall der Empfänger einer fiducia verpflichtet war. Vgl auch l. 16 D. de solut. 46. 3: — „Si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit cum ea condicione, ut, si condicio exstitisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum . .".

[3] L. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 6 §. 8 D. comm. div. 10. 3, l. un. C. si comm. res 8. 21. Dernburg I §. 55. Vgl. Seuff. Arch. X 236. Bremer (§. 225 Note 18) S. 31 fg. 36 ist der Meinung, daß in dieser Weise nur der Theileigenthümer, nicht der Volleigenthümer verpfänden könne; dagegen mit Recht Hofmann krit.

Wird ein Pfandrecht an einer Sachgesammtheit begründet, so ist es möglich, daß dasselbe die Gesammtheit in ihrem Bestande zur Zeit der Begründung, oder daß es sie in ihrem jeweiligen Bestande ergreife; im ersten Fall haftet das zu der Gesammtheit später Hinzugefügte nicht, während das von derselben Ausgeschiedene fortfährt zu haften, im zweiten Fall haftet das neu Hinzugefügte, und das Ausgeschiedene tritt, vorausgesetzt daß es nach der Bestimmung der Sachgesammtheit ausgeschieden wird, aus der Verhaftung heraus. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist nach der Natur der Sachgesammtheit, ob sie nämlich zum Wechsel bestimmt ist oder nicht, und nach dem durch Auslegung zu bestimmenden Inhalt des Verpfändungswillens zu entscheiden[4].

Mit der Pfandsache haftet[5] Alles, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist[6]; ferner haften mit derselben die

---

VJSchr. XII S. 541, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 63. — Nicht zu verwechseln mit dem Pfandrecht am Bruchtheil einer Sache ist das Pfandrecht an einer Sache zu einem Theil ihres Werthes, d. h. mit der Maßgabe, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil des durch den Verkauf der Sache zu gewinnenden Preises sich solle aneignen dürfen. F. P. Bremer a. a. O. S. 89 fg. spricht in diesem Fall von einem Pfandrecht an einer Werthsquote (Verpfändung einer Werthsquote) — nicht glücklich, da durch diese Bezeichnung der (übrigens von Bremer nicht ausdrücklich zurückgewiesene) Irrthum nahe gelegt wird, als sei in diesem Falle auch die Abforderungs- und Verbrauchsmacht des Pfandgläubigers eine beschränkte, was eben nicht wahr ist.

[4] Beispiele: Jemand verpfändet sein Waarenlager, seine Heerde, seine Bibliothek, sein Mobiliar, sein Silbergeräth. Entscheidungen der Quellen: l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1. Die Meinungen gehen hier auseinander. Vgl. Sintenis Pfandr. S. 467—470, Wächter Erörterungen I S. 20—23, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 252. 253, Vangerow I §. 369 Anm. 3, Dernburg I §. 59, Göppert über einheitliche und zusammengesetzte ꝛc. Sachen S. 59 fg. Seuff. Arch. XV. 187.

[5] Vgl. zu dem Folgenden Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S 246 fg., Dernburg I §. 56—58.

[6] So haftet namentlich mit dem verpfändeten Grundstück das auf demselben errichtete Gebäude (l. 29 §. 2 l. 35 D. de pign. 20. 1, l. 21 D. de pign. act. 13. 7), und was durch Anschwemmung zu demselben hinzugefügt wird (l. 16 pr. D. de pign., l. 18 §. 1 D. de pign. act.). Wird das Verbundene von der verpfändeten Hauptsache wieder getrennt, so fährt es fort zu haften, wenn das jetzt an demselben stattfindende Eigenthum nur eine Fortsetzung des Eigenthums an der Hauptsache ist; dagegen scheidet es aus dem

ihr anklebenden Rechte[7], ihre Zubehörungen[8], und[9] ihre Früchte[10], die letzteren jedoch nur, wenn sie mit ihrer Entstehung (Trennung von der Hauptsache) in das Eigenthum des Verpfänders gelangen[11]. Dagegen haftet mit der Pfandsache nicht, was sonst auf Grund des Eigenthums an derselben erworben wird, wie

---

Pfandrechte aus, wenn mit seiner Trennung dasjenige Eigenthum wieder in Kraft tritt, welchem es vor seiner Verbindung unterworfen war. Jedoch muß dieser letztere Satz eine Ausnahme für den Fall erleiden, wo der Eigenthümer der Hauptsache es ist, an den dieses neu in Kraft tretende Eigenthum fällt, und die Verbindung bereits zur Zeit der Verpfändung bestanden hat; die Verpfändung hat Alles ergriffen, was dem Eigenthümer an dieser Sache zugehörte, unabhängig von der Erscheinungsform, in welcher es ihm zugehörte. Vgl. §. 175a Note 2.

[7] L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. de O. N. N. 39. 1.

[8] Vgl. Dernburg I S. 435. 436.

[9] Ueber die Frage inwiefern sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache erstreckt, gibt es besondere Abhandlungen von: Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXII. 15 (1839), Francke das. XXX. 6 (1847), Jancke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 193 fg. (1862, darüber Demelius krit. VJSchr. IV S. 302 fg.), Göppert die organischen Erzeugnisse S. 371—405 (1869, darüber Hartmann krit. VJSchr. XI S. 524 fg.). Vangerow I §. 370 Anm.

[10] In l. 3 C. ex quib. caus. pign. 8. 15 wird dieß auf eine „tacita conventio" zurückgeführt; jedenfalls muß das Gleiche auch für das nicht vertragsmäßige Pfand gelten. Vgl. außer l. 3 C. cit. noch l. 29 §. 1 l. 26 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. de partu pign. 8. 25. Widersprechend ist eine Stelle aus den sententiae des Paulus, II. 5 §. 2: „Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit". Für das Justinianische Recht verschlägt diese Stelle natürlich nichts; wie sie mit den Grundsätzen des classischen Rechts zu vereinigen sei, darüber s. Huschke Studien I S. 371 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 263, Bachofen S. 146. 154, Dernburg I S. 441, Scheurl krit. VJSchr. II S. 486, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 87 fg., Göppert S. 376 fg., Hartmann S. 525. — Bachofen a. a. O. nimmt an, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte gelte nicht für (Sclavenkinder und) Thierjunge. Noch Andere leugnen diese Erstreckung ganz und lassen die Früchte nur als mögliche Nebengegenstände der Condemnation bei der hypothekarischen Klage in Betracht kommen, so Warnkönig a. a. O., Jancke a. a. O., Puchta §. 203. f.

[11] L. 29 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his con-

die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett[12]. Wird die verpfändete Sache von einer auf derselben liegenden Last befreit, so gereicht dieß dem Pfandgläubiger zum Vortheil, wenn die Last kraft rechtlicher Nothwendigkeit, nicht wenn sie durch den Willen des Berechtigten erlischt[13].

## §. 227.

Von den körperlichen Sachen ist das Pfandrecht auf alle anderen Vermögensstücke erstreckt worden, welche wie jene einen Verkaufswerth haben[1]. So namentlich[1a] auf die Forderungsrechte[2], ferner auf die Emphyteusis und die Superficies[3], und

---

venerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata". Vgl. l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. Von Eigenthum des Verpfänders an den Früchten kann natürlich nur die Rede sein, wenn die Früchte von der Hauptsache getrennt sind (§. 144 z. A.); nach einer andern Meinung soll es aber genügen, daß der Verpfänder Eigenthümer der Hauptsache zu der Zeit gewesen ist, wo die Früchte mit der Hauptsache noch verbunden waren. Diese Meinung ist von Huschke Studien I S. 368 fg. vertheidigt worden, später hat derselbe sie auf Sclavenkinder beschränkt (Zeitschrift f. Civ. u. Pr. XX S. 264 fg.); so auch Dernburg I S. 446 fg. Gestützt wird diese Meinung auf l. 18 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 und l. 1 pr. D. de Salv. int. 43. 33. Ueber andere Erklärungen dieser Stellen s. Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 173—180, Vangerow a. a. O. (S. 827 der 7. Aufl.). Gegen die ganze Beschränkung (Eigenthumserwerb des Verpfänders) erklärt sich Göppert a. a. O. nach seiner Grundanschauung, daß die Frucht auch nach der Trennung als gewesener Theil der Hauptsache rechtlich in Betracht komme. Vgl. §. 144 Note 3. Es ist ihm nicht gelungen, l. 29 §. 1 cit. zu beseitigen. Dagegen auch Hartmann a. a. O.

[12] Arg. l. 9 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 3 §. 2 D. de aqua 43. 20 (wo statt „fundo tuo" zu lesen ist: „fundo meo"). Hierher gehört auch der Schatz.

[13] In l. 18 §. 1 D. de pign. act. 13. 7 heißt es: „Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit". Wie aber, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft, oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod (oder capitis diminutio), untergeht und an das Eigenthum zurückfällt.

§. 227. [1] L. 9 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest". Vgl. übrigens über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 181.

[1a] Ueber Pfandrecht an Rechten neueren Ursprungs s. Dernburg I §. 64.

[2] L. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39, l. 4 C. quae res pign. 8. 17.

[3] L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 l. 31 D. de pign. 20. 1,

endlich auf den Nießbrauch[4], welcher, wenn auch nicht dem Rechte, doch der Ausübung nach veräußert werden kann, nicht aber auf das Gebrauchsrecht und die Grunddienstbarkeiten, bei denen auch dieses Letztere nicht möglich ist[5]. Der Pfandgläubiger hat in diesen Fällen im Wesentlichen die gleichen Rechte, wie wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet worden ist, Verkaufs- und Besitzesrecht. Das Nähere darüber unten §. 239.

Aber bei Forderungsrechten beschränkt sich hierauf der Inhalt des Pfandrechts nicht. Forderungsrechte gewähren dem

---

l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 §. 6 D. de superfic. 43. 18 (vgl. §. 223 Note 7). — Es findet sich die Behauptung, daß durch die Verpfändung der Emphyteusis und der Superficies nicht sowohl ein Pfandrecht an dem Rechte, als vielmehr ein Pfandrecht an der Sache selbst entstehe (dafür namentlich Dernburg I §. 26, ebenso Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 121 —126 und zweite Aufl. I S. 435. 436, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 75 fg. (vgl. Note 7); dagegen Hepp Arch. f. civ. Pr. XV S. 81 —83, Sohm die Lehre vom subpignus S. 33 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 40 fg. 183 fg.; vgl. noch Bekker krit. VJSchr. VI S. 481, Arndts Rechtslexicon III S. 856. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III S. 285). Wenn man sich für diese Behauptung darauf beruft, daß es in den Quellen geradezu heiße, der Emphyteuta und der Superficiar könne die Sache verpfänden, so könnte man mit demselben Argument auch darthun, daß der Emphyteuta und der Superficiar die Sache veräußern könne. S. §. 219 Note 5, §. 223 Note 7. Uebrigens geben natürlich auch diejenigen, welche Sachpfandrecht annehmen, dem Pfandgläubiger kein anderes Recht, als das Recht, die Sache zum emphyteutischen oder superficiarischen Recht zu veräußern, und die Frage ist daher nur die, ob dieß so zu denken ist, daß er befugt ist, die bestehende Emphyteuse oder Superficies zu übertragen, oder so, daß er befugt ist, eine neue Emphyteuse oder Superficies an der Sache zu begründen. In dem ersten Fall ist jedenfalls der unmittelbare Gegenstand seines Pfandrechts das Recht, wenn es gleich nicht minder wahr ist, daß durch dasselbe mittelbar sein Wille entscheidend auch für den Körper der Sache ist. Vgl. Note 7.

[4] L 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6.

[5] Vgl. Vangerow I §. 367 Anm. Nr. I, Dernburg I §. 62. Ueber die Verpfändbarkeit der habitatio wird gestritten, Vangerow a. a. O., Dernburg I S. 488. Ueber die Verpfändung von Rechten an fremder Sache überhaupt s. die Abhandlungen von Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII. 18 und XV. 4 (1830. 1832), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 (1834, 2. Aufl. 1847), Lang Arch. f. civ. Pr. XXIX. 10 (1846), Reinh. Schmid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 9 (1848).

Pfandberechtigten noch einen anderen, ja näher liegenden Weg, sich Befriedigung zu verschaffen, als durch ihren Verkauf, nämlich durch ihre Einziehung. Und so ist demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Forderung hat, diese Befugniß ebenfalls zugestanden worden[6].

Auf diesem Wege weiter gehend erhält man auch die Möglichkeit eines Pfandrechs an einem Pfandrechte. Ein Pfandrecht kann als solches (ohne seine Forderung) nicht verkauft werden; aber auch ohne seinen Verkauf kann sich ein Gläubiger durch dasselbe verschaffen, was er zu fordern hat, durch seine Ausübung nämlich. So besteht der Inhalt des Pfandrechts am Pfandrechte lediglich in der Befugniß, dasselbe statt des Berechtigten geltend zu machen.

Das Pfandrecht behält in diesen Fällen seine wesentliche Natur; es ist ein Recht eines Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Pfandobject durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen, nur nehmen die Mittel, durch welche diese Befriedigung erreicht wird, eine andere Gestalt an[7]. Ein dingliches Recht

---

[6] Das Nähere hierüber s. unten §. 239. Daselbst (Note 12. 12a) auch über den Fall, wo der Pfandberechtigte selbst Schuldner in der verpfändeten Forderung ist.

[7] Es ist eine sehr nahe liegende Frage, ob nicht die Definition des Pfandrechts von vornherein so gestellt werden soll, daß sie die bezeichneten Eigenthümlichkeiten des Forderungs- und des Afterpfandrechts mit umfaßt. Diese Frage wird bejaht in zwei neueren Schriften: R. Sohm die Lehre vom subpignus (1864), und F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867 — vgl. über diese Schrift Hofmann krit. VJSchr. XII S. 524 fg.). Sohm definirt das Pfandrecht als „das mit unmittelbarer Macht über ein Object ausgerüstete Recht auf denjenigen Theil des Vermögenswerthes, der zur Befriedigung einer dem Pfandberechtigten zustehenden Forderung hinreicht (S. 12. 13). Bremer setzt die Macht des Pfandgläubigers darein, daß er „sich den Werth des Pfandobjectes in Anrechnung auf eine ihm zustehende Forderung aneignen (dürfe)". Ich will die Berechtigung dieser Begriffsbestimmungen, von denen die letztere auch der in §. 226a Note 2 bezeichneten Eigenthümlichkeit des Pfandrechts an baarem Geld Rechnung trägt, nicht in Abrede stellen, glaube aber, daß es jedenfalls für den Lehrvortrag besser ist, bei der hergebrachten Art und Weise der Darstellung stehen zu bleiben, und von dem immerhin hauptsächlichen Fall des Pfandrechts an körperlichen Sachen als Normalfall auszugehen. — Uebrigens scheint es mir irreführend, wenn Sohm die oben genannte Macht des Pfandgläubigers nur als den

aber wird man in diesen Fällen das Pfandrecht nur in demselben uneigentlichen Sinne nennen dürfen, in welchen man die

---

„Inhalt" des Pfandrechts bezeichnet, und von diesem Inhalt die „Form" des Pfandrechts unterscheidet, welche nach Verschiedenheit des Pfandobjects verschieden sei. S. dagegen auch Bekker krit. VJSchr. VI S. 474 fg., Bremer a. a. O. S. 28 fg. 81 fg. — Bremer erzielt dadurch eine noch größere Vereinfachung des Begriffs, daß er auch das Pfandrecht an körperlichen Sachen als Pfandrecht an einem Rechte, dem Eigenthumsrechte, bezeichnet; übereinstimmend Hofmann a. a. O. S. 527 fg., Pfaff pignus irregulare S. 13, Siebenhaar Correalobligat. S. 154 fg. Dieser Auffassung wird, was das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers angeht, nicht entgegengetreten werden dürfen, sobald man nämlich auch die Veräußerung durch den Eigenthümer als Uebertragung, nicht als Neubegründung des Rechts faßt (§. 65 Note 5, §. 68 Note 8 fg.), und es wird nur darauf hingewiesen werden dürfen, daß in der Veräußerung des Eigenthumsrechts der Wille des Pfandgläubigers sich mittelbar doch auch für den Körper der Sache geltend macht. Nicht gehörig beachtet ist aber in jener Auffassung das Besitzesrecht des Pfandgläubigers; in diesem Recht macht sich der Wille des Pfandgläubigers für den Körper der Sache in aller Unmittelbarkeit geltend. Bremer sucht zwar die Bedeutung dieses Besitzesrechtes dadurch abzuschwächen, daß er dasselbe dem Pfandgläubiger nur zum Zweck der Veräußerung einräumt. Aber ich halte dieß nicht für richtig, wie es denn jedenfalls mit der geschichtlichen Entwickelung der römischen hypotheca in entschiedenem Widerspruch steht; und wenn es richtig wäre, so wäre es nicht weniger wahr, daß in dem Besitzesrechte, so weit es reicht, der Wille des Pfandberechtigten unmittelbar entscheidend ist für den Körper der Sache. — In geradem Gegensatz zu Bremer sucht jetzt Exner in seiner Schrift „Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Recht" (Leipzig 1873) auszuführen, daß das Pfandrecht nie ein Recht am Rechte sei, auch nicht dasjenige Pfandrecht, welches man gewöhnlich so nennt. Ich halte aber seine Ausführungen (denen im Wesentlichen zustimmt Bekker krit. VJSchr. XV S. 540 fg., während Pfaff in Grünhuts Zeitschr. I S. 53 fg. sie bestreitet) nicht für überzeugend. a) Was das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers angeht, so glaubt Exner, daß das Pfandrecht an Nießbrauch, Emphyteusis, Superficies das Recht gebe, die Sache selbst zu veräußern, nur natürlich nicht zu Eigenthum, sondern zu Nießbrauchs-, emphyteutischem, Superficiarrechte. Hierüber ist auf das zuvor in Betreff des Pfandrechtes an körperlichen Sachen Gesagte zu verweisen, und hinzuzufügen, daß, wenn beim Eigenthumsrecht die geläufige Identificirung dieses Rechts mit seinem Gegenstand wenigstens für die Vorstellung darauf führt, daß das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers unmittelbar die Sache selbst zum Gegenstand habe, dieser Denkbehelf hier wegfällt, so wie ferner, daß, was im Besonderen den Nießbrauch angeht, es für die juristische Auffassung kaum ein Gewinn sein möchte, den Begriff der Uebertragung der Ausübung des verpfändeten Nießbrauchs zu

Vermögensrechte zu den Sachen zählt (§. 42), und man wird sich hüten müssen, aus der Natur der eigentlichen dinglichen Rechte für das Pfandrecht in diesen Fällen Consequenzen zu ziehen[8].

Von einem Pfandrechte an Rechten kann übrigens noch in einem ganz anderen Sinne, als in dem hier entwickelten, geredet werden, nämlich in dem Sinne[9], daß der Pfandgläubiger die

---

vertauschen mit dem Begriff der Einräumung einer gleichen rechtlichen Stellung, wie sie der Nießbraucher durch Uebertragung der Ausübung seines Nießbrauchs zu gewähren im Stande ist. Was Forderungen betrifft, so versagt natürlich das Auskunftsmittel, mit welchem sich Exner bei dinglichen Rechten hilft; hier liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger dem Käufer das verpfändete, nicht ein neues Recht verschafft. Nun bemüht sich allerdings Exner nachzuweisen, daß das Pfandrecht an einer Forderung nur kraft besonderer Einräumung das Veräußerungsrecht gebe (vgl. §. 239 Note 9); aber so ist doch jedenfalls in dem Fall, wo es eingeräumt ist, ein Recht am Rechte vorhanden. b) Was das Recht des Pfandgläubigers angeht, das ihm verpfändete Recht zu Pfandzwecken geltend zu machen, so ist zuzugeben, daß ihm damit kein Recht am Rechte gewährt ist. Die richtige Auffassung ist gewiß, daß er damit in das verpfändete Recht aufgenommen, daß er des verpfändeten Rechts in gewissem Umfange theilhaftig gemacht worden ist (§ 48a Num. 2). Aber deßwegen hat das verpfändete Recht nicht aufgehört, ihm ein fremdes Recht zu sein; — denn er ist des Rechts theilhaftig gemacht worden nur in einer gewissen, in einer einzelnen Beziehung, während das Recht in seiner Totalität beim bisherigen Inhaber geblieben ist (vgl. §. 49 Note 1). Insofern wird man also allerdings sagen müssen, wie entschieden auch Exner dieß abweist, daß der Pfandgläubiger das Recht gewonnen habe, ein fremdes Recht für sich geltend zu machen. Das Maß aber, in welchem dieses Recht ihm zusteht, so wie Erwerb und Verlust dieses Rechts bestimmt sich nach Pfandrechtsgrundsätzen, und dieses Verhältniß hat in der Bezeichnung: Pfandrecht am Rechte einen, wenn auch bildlichen, doch nicht unpassenden Ausdruck. Vgl. §. 48a a. E.

[8] Vgl. über diese Frage einerseits Bremer a. a. O. S. 80 fg., Hofmann a. a. O. S. 529 — andererseits Bürkel krit. VJSchr. XI S. 218 fg., Exner a. a. O. S. 22. Pfaff pignus irregulare S. 14 lehrt, das Pfandrecht am Rechte sei kein dingliches, aber ein absolutes Recht; dagegen Exner a. a. O. S. 23 fg.

[9] Vgl. über diesen in der neueren Zeit viel besprochenen Fall: Büchel a. a. O. S. 74—95. 2. Aufl. S. 425—429, v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXII S. 24 fg. (1839), Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen servit. rusticae u. urbanae S. 31—58 (1844), Rudorff krit. Jahrb. f. RW. XV S. 323—326, Lang a. a. O. S. 317 fg., Schmid a. a. O. S. 327—364, Elvers Servitutenlehre §. 38, Keller Jahrb. d. gem. R. II. 4 (1858), Dernburg I §. 63, Cohnfeldt die s. g. irregulären

Befugniß hat, nicht ein bestehendes Recht der bezeichneten Art zu übertragen, sondern ein noch nicht bestehendes neu zu begründen. Ein Pfandrecht dieses Inhalts hat das römische Recht zwar nicht an Forderungsrechten und an Pfandrechten, aber doch an den übrigen Rechten an fremder Sache anerkannt[10]. Den wirklichen Gegenstand eines solchen Pfandrechts bildet jedoch nicht das Recht, sondern die Sache; der Pfandgläubiger hat über die Sache rechtliche Macht, insofern er den Willen eines Andern zum ent-

---

Servituten nach R. R. S. 87—98 (1826), Vangerow I §. 367 Anm. Nr. II, Göppert Arch. f. civ. Pr. XLIX. 12 (1866), F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject (1867) S. 127 fg. 194 fg.

[10] Speciell genannt werden der Nießbrauch (l. 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1) und die Felddienstbarkeiten (l. 12 D. eod.). In Betreff des Gebrauchsrechts s. Vangerow a. a. O. Nr. II. 3, Bremer S. 206. Was die Gebäudedienstbarkeiten angeht, so schließt die herrschende Meinung dieselben aus, auf Grund von l. 11 §. 3 D. de pign. Aber die inneren Gründe, welche man für den Ausschluß angibt (s. darüber Vangerow a. a. O. Nr. II. 2, Elvers S. 342 fg., Dernburg S. 497), befriedigen sämmtlich nicht, wenigstens für das neuere Recht nicht, s. auch Arndts §. 367 Anm. Nr. 2. d, Keller a. a. O. S. 217. So liegt die Erklärung nahe, welche nach dem Vorgange Aelterer wieder v. d. Pfordten a. a. O. vertritt, daß die l. 11 §. 3 cit. nur die Möglichkeit der Verpfändung einer bestehenden Gebäudedienstbarkeit, dieselbe beispielsweise nennend, leugne. Bedenklicher ist es, diese Erklärung auch für den Zusammenhang der Justinianischen Compilation festzuhalten, wo die Einrückung der l. 12 cit. hinter l. 11 §. 3 Absicht zu verrathen scheint. Doch ist es auch möglich, daß die Compilatoren ohne alle Absicht einfach das Material haben zusammenstellen wollen, und ich entschließe mich lieber zu dieser Annahme, als zu der Annahme einer Unerklärlichkeit. Göppert nimmt an, die l. 11 §. 3 cit. wolle für die Dienstbarkeiten, von welchen sie redet, nur die Möglichkeit der Verpfändung in gewöhnlicher Weise leugnen, nicht aber die Möglichkeit der Verpfändung in der besonderen in l. 12 cit. bezeichneten Weise (s. die folgende Note). — Noch Andere (namentlich Zachariae von Lingenthal a. a. O. S. 52, ferner Elvers S. 342, Dernburg S. 396) lassen eine Verpfändung des nicht bestehenden Rechts auch nicht bei allen Felddienstbarkeiten, sondern nur bei den Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten zu, während Keller a. a. O. die l. 12 cit. so interpretirt, daß sie auch für die letzteren nicht von einer Verpfändung der bezeichneten Art, sondern von einem eventuellen Verkauf an den Pfandgläubiger sprechen würde (dawider Dernburg I S. 495 Note 12, Cohnfeldt a. a. O. S. 90—92, Vangerow a. a. O. Nr. II. 1 a. E., Bremer S. 128. 194, Göppert S. 299 fg., zustimmend Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI S. 129. 130).

scheidenden Willen für sie machen, und zu diesem Ende, so weit es nöthig ist, auch den Besitz derselben einfordern kann[11].

§. 228.

Wenn als möglicher Gegenstand des Pfandrechts auch das gesammte Vermögen bezeichnet wird, so ist das insofern unrichtig, als es ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen unterschiedenen Rechtsding, nicht gibt. Der wahre Kern jenes Satzes ist der, daß ein Pfandrecht an den sämmtlichen zu einem Vermögen gehörigen Gegenständen auch ohne specielle Bezeichnung derselben begründet werden kann, sei es unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch den Willen

[11] Die Frage, ob es nicht das Recht des Verpfändenden sei, welches der Pfandgläubiger veräußere, fällt hier von selbst weg. — Mit der Verpfändung kann eine sofortige faustpfandweise Einräumung des Genusses des verpfändeten Rechts verbunden werden, l. 12 D. de pign. 20. 1. — Die hier vertretene Ansicht, nach welcher eine Verpfändung eines noch nicht bestehenden Rechts an fremder Sache dem Pfandgläubiger nur die Macht gibt, ein Recht an der Sache für einen Andern zu begründen, ist seit den Ausführungen Büchel's (Note 9) die herrschende. Früher war die herrschende Ansicht die, daß der Pfandgläubiger selbst das Recht erwerbe, und das erworbene Recht veräußern dürfe. Diese Ansicht wird auch jetzt noch festgehalten (für Felddienstbarkeiten) von Puchta §. 178 k, während Dernburg und Göppert zwar den Pfandgläubiger das verpfändete Recht erwerben lassen, aber die Verkaufsbefugniß desselben anders fassen. Dernburg: der Pfandgläubiger habe die Verkaufsbefugniß nur kraft ausdrücklicher Einräumung, und er übertrage bei Grunddienstbarkeiten nicht das erworbene Recht, sondern begründe ein anderes Recht gleichen Inhalts; Göppert (welcher nur von Grunddienstbarkeiten handelt): der Pfandgläubiger dürfe nach Fälligkeit der Forderung das herrschende Grundstück mit der ihm anklebenden Dienstbarkeit veräußern, während eine Veräußerung des herrschenden Grundstücks vor Fälligkeit der Forderung die Grunddienstbarkeit auf den Käufer nicht übertrage. Gegen Dernburg: Vangerow I S. 807. 808 in der 7. Aufl., Bremer S. 195 fg.; gegen Göppert Bremer S. 196 fg. Unter denjenigen, welche im Uebrigen mit uns gehen, gibt es dann noch solche, welche dem Pfandgläubiger nicht die actio hypothecaria zugestehen, sondern nur possessorischen Schutz in dem Fall, wo ihm faustpfandweise der Genuß des Rechts eingeräumt worden ist, so Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 33 und theilweise Schmid a. a. O. S. 349. 363, s. auch Bremer S. 79. Rudorff (a. a. O.), dem Cohnfeldt (a. a. O.) folgt, gibt dem Pfandgläubiger, selbst was den Käufer angeht, keine andere Befugniß, als die, demselben Besitz zu verschaffen. Dagegen Vangerow S. 808. 809.

des Herrn des Vermögens[1]. Für den letztern Fall stellt das römische Recht die Auslegungsregeln auf, daß die Verpfändung des gesammten Vermögens auch auf den zukünftigen Erwerb gehe[2], nicht aber auf diejenigen Gegenstände, von denen anzunehmen ist, daß der Eigenthümer sie auch speciell nicht verpfändet haben würde[3].

## IV. Entstehung des Pfandrechts.

### A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen.

### §. 229.

Das Pfandrecht kann entstehen durch die Willenserklärung des Eigenthümers, ferner unmittelbar durch Rechtssatz, endlich durch richterliche Verfügung. Ersitzung ist als Entstehungsgrund des Pfandrechts nicht anerkannt[1]. Die Willenserklärung des Eigenthümers kann eine letztwillige sein — davon im Erbrecht, — oder eine Willenserklärung unter Lebenden; in diesem letzteren Falle ist Acceptation von Seiten desjenigen, welcher das Pfandrecht erwerben soll, erforderlich, also ein Begründungsvertrag.

---

§. 228. [1] L. 1 pr. l. 6. 34 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. qui sine manum. 40. 8, l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. de pign. 8. 14. Man spricht in einem solchen Fall von einem „Generalpfand", einer „Generalhypothek", statt, wie man sollte, von einer Generalverpfändung ꝛc. ꝛc. Der Streit darüber, ob diese Ausdrücke nicht auf jede Verpfändung mehrerer Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung zu beziehen seien, ist mit Recht unfruchtbar genannt worden. Vgl. Puchta §. 195. h, Vangerow I §. 369 Anm. 1 z. A., Dernburg I S. 503.

[2] L. 9 C. quae res pignori 8. 17.

[3] L. 6—9 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 C. quae res pign. 8. 17. Vangerow I §. 369 Anm. 2, Dernburg I §. 65. Seuff. Arch. XVI. 15, XXIII. 194.

§. 229. [1] So von jeher die herrschende Meinung; nur vereinzelt ist das Gegentheil behauptet worden. Der Grund des Ausschlusses der Ersitzung liegt darin, daß das Pfandrecht seinem wesentlichsten Inhalt nach nicht besessen werden kann (§. 163 Note 1. 2). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II §. 247. 248, Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 2 S. 51—53, Dernburg I S. 178 fg., Scheurl krit. VJSchr. II S. 443, Bremer (§. 227 Note 7) S. 139 fg.

Was im Folgenden über die Entstehung des Pfandrechts des Näheren vorgetragen werden soll, bildet auch heuzutage noch das gemeine Recht Deutschlands. Dieses gemeine Recht erleidet aber in den allermeisten deutschen Territorien die wesentlichste Modification durch das, an die alte deutsche Auffassung anknüpfende, Institut der Hypothekenbücher. Wo dieses Institut in seiner vollen Entwickelung besteht, wird an unbeweglichen Sachen kein Pfandrecht irgend einer Art anerkannt, welches nicht in ein öffentliches Buch eingetragen ist; die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe des Pfandrechts geben nur einen Titel auf die Eintragung[2]. In dieser Weise ist Jedem, welcher ein Pfandrecht an einem Grundstück erwerben will, die Möglichkeit gegeben, in Erfahrung zu bringen, ob das Grundstück nicht schon mit anderen Pfandrechten belastet ist. Ohne eine Einrichtung dieser Art gewährt das Pfandrecht eine wirkliche Sicherheit nicht; das römische Recht, welches eine solche Einrichtung nicht ausgebildet hat, entzog damit dem Realcredit seine wesentlichste Grundlage[3]. — Bei beweglichen Sachen ist dieses System nicht durchführbar. Dafür haben viele deutsche Particularrechte den Satz des älteren deutschen Rechts festgehalten, wonach an Mobilien nur ein Faustpfand anerkannt wird[4].

## B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag[*].

### §. 230.

Für den Pfandvertrag gelten im Allgemeinen die nämlichen Grundsätze, welche für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt maßgebend sind; im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Einer Form bedarf der Pfandvertrag nicht, auch nicht der Vollendung durch die Besitzübertragung[1].

---

[2] Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 149—151, Beseler §. 95—97, Bluntschli §. 99—101.

[3] Als Ersatz hatte das römische Recht nur eine Strafdrohung gegen den betrügerischen Verpfänder, l. 3 §. 1. 2 D. stellionatus 47. 20. Vgl. Dernburg I S. 181.

[4] Gerber §. 149 a. E. 152, Beseler §. 95. 98, Bluntschli §. 102. 103. — HGB. Art. 306. 312. Goldschmidt Handelsrecht I S. 881 fg.

[*] Sintenis §. 26—28, Dernburg I §. 22—32.

2. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Gültigkeit des Pfandvertrages aus[2]. Dagegen ist in der Person des Erwerbers die Fähigkeit, Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben, Voraussetzung der Gültigkeit des Pfandvertrages nicht[3].

3. Verpfändung durch den Nichteigenthümer[4] gibt dem Gläubiger kein Pfandrecht[5]; aber sie gibt ihm, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses Letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache[6].

---

[1] L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. de pign. 20. 1. Pfandvertrag unter Abwesenden: l. 23 §. 1 eod. Pfandvertrag durch den Geschäftsführer: Seuff. Arch. V. 114. Acceptation: das. V. 115. Auslegung des Verpfändungswillens: l. 3 C. plus valere 4. 22, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 2 C. quae res pign. 8. 17, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 2 C. si al. res 8. 16. Glück XIX S. 303 fg., Vangerow I §. 372 Anm. 1. Dernburg I §. 22. Vgl. auch Seuff. Arch. XIV. 90. §. 230.

[2] L. 7 C. de reb. al. 4. 51; l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 8. §. 5 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27. 9, Nov. 7. 120, c. 5 X. de reb. eccl. al. 3. 13, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Dernburg I S. 209. 210. 231—233.

[3] L. 24 D. de pign. 20. 1. „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur". Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 194, Dernburg I S. 201 fg. — Läßt ein Geschlechtsunreifer sich ein Pfandrecht bestellen, so bedarf es dazu der Mitwirkung des Vormundes nicht. A. M. Dernburg I S. 203 wegen l. 38 D. de pign. act. 13. 7. Aber aus dem Wegfall der Pfandverpflichtungen auf den Wegfall der Pfandberechtigung zu schließen, ist nicht gerechtfertigt, am wenigsten für den Fall, wo der Pupill die Pfandverpflichtungen seinerseits zu erfüllen bereit ist.

[4] Von diesem Falle handeln die Abhandlungen von: Meyer Arch. f. civ. Pr. IX. 12 (1826), Müller das. XI S. 392 fg. (1828), Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 3 (1843), Huschke das. XX. 6 (1845), Windscheid das. N. F. III. 10 (1847); s. ferner Vangerow I §. 372 Anm. 2, Dernburg I §. 28—31.

[5] L. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 2. 4. 6. 8 C. si al. res pign. 8. 16.

[6] L. 18 D. de pign. 20. 1. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam" L. 21 §. 1 eod., l. 14 D. qui pot. 20. 4. Die Formel der hypothecaria actio verlangte, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung „in bonis" des Verpfänders gewesen sei (l. 15 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 6 C. si aliena res 8. 16); diesem Erforderniß genügte der redliche Erwerb (l. 49 D. de V. S. 50. 16). Die Behand=

Erwirbt der Nichteigenthümer, welcher verpfändet hat, hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache, so ist zu unterscheiden, ob er dieselbe als fremde, also für den Fall des künftigen Erwerbes, oder ob er sie als eigene verpfändet hat. Im ersten Fall, wohin namentlich die Verpfändung des künftigen Vermögens gehört, entsteht zugleich mit dem Eigenthum für den Verpfänder ein Pfandrecht für den Pfandnehmer[7]. Im zweiten Fall vermag der Eigenthumserwerb die anfängliche Ungültigkeit der Verpfändung nicht zu heilen; doch wird der Pfandnehmer durch Einrede gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger, und wenn er bei der Verpfändung in gutem Glauben war, auch durch Klage geschützt, und die gleiche Rechtsstellung überträgt er durch den Pfandverkauf auf den Käufer[8]. Das Nämliche gilt, wenn der

---

lung ist hier eine andere, als bei dem Eigenthum und bei den übrigen Rechten an fremder Sache. Es wird nicht für den Empfänger ein publicianischer Anspruch neu begründet, sondern er erhält die Befugniß, die von dem Verpfänder erworbene Rechtsstellung für sich geltend zu machen; daher ist hier guter Glaube beim Verpfänder nothwendig, nicht beim Pfandnehmer. Vgl. Huschke S. 182—189, Dernburg I S. 222—225, F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte (1867) S. 186 fg.

[7] Die Verpfändung war nicht ungültig. Der Verpfänder hat nicht eine rechtliche Wirkung begründen wollen, welche er zu begründen nicht im Stande war; er hat das Eintreten derselben auf diejenige Zeit hinausgeschoben, wo die nothwendigen Voraussetzungen ihres Eintretens vorhanden sein würden. L. 16 §. 7 D. de pign. 20. 1. „Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit". L. 1 pr. eod. (Note 8), l. 15 §. 1 eod., l. 3 §. 1 l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Verpfändung künftigen Erwerbes in l. 5 C. quae res pign. 8. 17. Huschke S. 197, Dernburg I S. 426.

[8] Es treten hier die gleichen Grundsätze ein, wie bei der Eigenthumsübertragung durch einen Nichteigenthümer, wenn derselbe hinterher Eigenthum erwirbt (§. 172 Num. 1, §. 197 Num. 3.). L. 1 pr. D. de pign. 20. 1. „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. In speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio". Diese Unterscheidung zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Pfandnehmer wird jedoch in anderen Stellen nicht gemacht, l. 41 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. si al. res pign. 8. 16, vgl. auch l. 22 D. de pign. 20. 1, und es fragt sich daher, ob nicht das Recht der l. 1 pr. cit. als durch diese Stellen überholt und beseitigt angesehen werden muß.

Eigenthümer der verpfändeten Sache durch Beerbung des Verpfänders in die Verpfändung eintritt[9]. Unter den nämlichen

---

Die herrschende Meinung ist nicht dafür, indem sie umgekehrt aus der l. 1 pr. cit. das Erforderniß des guten Glaubens in jene anderen Stellen hineinträgt. Gewiß muß ihr darin beigetreten werden. Der Hauptgrund ist, daß das römische Recht auch bei der Eigenthumsübertragung das Erforderniß des guten Glaubens für die Klage festgehalten hat, und mit der Eigenthumsübertragung wird die Verpfändung ausdrücklich zusammengestellt in l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1. Ferner aber auch verdient derjenige keinen Schutz, der sich wissentlich eine fremde Sache hat verpfänden lassen, und nur wenn er besitzt, muß er siegen, da jedenfalls der klagende Eigenthümer in dolo ist, wie er, und bei gleicher Lage immer der Beklagte vorgeht. — Es gibt aber in dieser Materie noch eine andere bestrittene Frage, nämlich die, ob der Gläubiger durch Einrede in derselben Weise gegen die Sondernachfolger des Verpfänders geschützt wird, wie gegen diesen selbst. In dieser Beziehung geht African in l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 von dem Satz aus, daß der Gläubiger unbedingt geschützt werde nur gegen den Sondernachfolger aus wohlthätigem Titel, gegen den Nachfolger aus lästigem Titel bloß dann, wenn derselbe bei dem Erwerbe die Verpfändung gekannt habe. Dieß sind die Grundsätze, welche für den Uebergang der exceptio doli bei dinglichen Rechten überhaupt gelten (l. 4 §. 27 —31 D. de doli exc. 44. 4). Hier nun aber ist mit Bestimmtheit zu sagen, daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe, und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher soeben geltend gemacht worden ist, weil das römische Recht bei der Eigenthumsübertragung unbedingten Uebergang der exceptio (replicatio) doli anerkannt hat, wie der auf die citirten §§. der l. 4 D. de doli exc. sogleich folgende §. 32 klar ausspricht (vgl. §. 172 Note 7). — Uebrigens ist über die richtige Erklärung der l. 9 §. 3 cit. große Meinungsverschiedenheit. Vgl. darüber Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 10 (1847), wo auch eine Uebersicht der bis dahin erwachsenen Literatur gegeben ist, ferner Bachofen S. 551 fg. 553 fg., Dernburg I S. 263 fg. (welcher zu einer älteren Meinung zurückgekehrt ist, wonach die Stelle sich daraus erklären soll, daß African die Bestellung eines zweiten Pfandrechts als Verpfändung unter einer Bedingung auffaßt), Scheurl krit. VJSchr. II S. 453, Schmid Grundlehren der Cession I S. 324 fg., Vangerow I §. 372 Anm. 2. c, Arndts §. 371 Anm. 1. a.

[9] Dieß sagt l. 22 D. de pign. 20. 1 (Modestin), das Gegentheil allerdings l. 41 D. de pign. act. 13. 7 (Paulus). Die Vereinigungsversuche sind zahlreich; s. darüber Dernburg I S. 269 Note 18, Scheurl krit. VJSchr. II S. 452, Vangerow I §. 372 Anm. 2. c. Aber keiner ist überzeugend. Man muß den Widerspruch anerkennen, und nach Analogie des für die Eigenthumsübertragung Geltenden entscheiden (§. 172 Note 7). Umgekehrt zieht die Meinung des Paulus vor Bachofen S. 548, und, was die Klage angeht, Huschke S. 244.

Grundsätzen steht die Verpfändung einer noch nicht existirenden Sache[10].

4. Ein Pfandvertrag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigenthumsübertragung[11].

## C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtssatz*.

### §. 231.

Gewisse Forderungen haben ein Pfandrecht ohne Weiteres bloß kraft ihrer Existenz; der Verpfändungswille wird bei ihnen durch einen Rechtssatz ersetzt. Man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Pfandrecht[1].

---

[10] Also auch hier ist zu unterscheiden, ob die Sache schlechthin, oder ob sie für den Fall, daß sie mit oder nach ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte, verpfändet ist. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 11 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. Eine andere Auffassung bei Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 108 fg. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 235 fg. gründet auf die genannten Stellen den Satz, daß die Verpfändung von Früchten, welche zur Zeit der Verpfändung bereits entstanden sind, an den getrennten Früchten auch dann Pfandrecht gebe, wenn die Früchte nicht in das Eigenthum des Verpfänders gelangen. S. darüber §. 144 Note 2.

[11] Und zwar ist der das Pfand Bestellende der Erwerber des Eigenthums, l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9. Vgl. §. 212 Num. 7 und Dernburg I §. 32. A. M. Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 383 fg., Arndts §. 371 Anm. 2, vgl. Bachofen ausgew. Lehren S. 143. Gegen Lang Büchel civilrechtl. Erörterungen 2. Aufl. I S. 463. 464.

* Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2 Thle. 1803. Sintenis §. 31—35, Bachofen Nr. X. XI, Dernburg I §. 35—50. Glück XVIII S. 393—448. XIX S. 1—198; Vangerow I §. 374—376. — Die gesetzlichen Pfandrechte des HGB.: Art. 374—375. 382. 409—412. Vgl. auch Art. 313—316.

§ 232. [1] Die Quellen sprechen von „pignora tacite contracta". Vgl. die Rubriken von Dig. 20. 2 und Cod. 8. 15 „in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur", und daselbst l. 3. 4. 6. 7 pr. D. l. 2. 3. 7 C., ferner l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 1 §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13, l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Dieser Ausdruck weist, was die Pfandrechte des Verpächters und des Vermiethers (unten im Text. Num. 1 und 2) angeht, darauf hin, daß dieselben gesetzlich anerkannt worden sind auf Grund des präsumtiven Parteiwillens (l. 3. 4 pr. l. 6. 7 pr. D. tit. cit., l. 5 §. 2 eod., l. 1 pr. D. de migr. 43. 32, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2); bei den andern gesetzlichen Pfandrechten will er nichts Anderes besagen.

Die gesetzlichen Pfandrechte haben zum Gegenstand entweder einzelne Sachen, oder das gesammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des Schuldners. Von den letzteren wird im folgenden §. die Rede sein; die ersteren sind die nachgenannten.

1. Der Vermiether eines nicht zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks[2] hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage[3] ein gesetzliches Pfandrecht[3a] an allem in das Grundstück nicht bloß vorübergehend[4] Eingebrachten[5].

2. Der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage[6] ein

---

als daß hier der Parteiwille durch den Ausspruch des Gesetzes ersetzt werde. Jedenfalls soll durch diese Bezeichnung nicht etwa das gesetzliche Pfandrecht auf die Grundsätze vom Vertragspfandrecht zurückgeführt werden. So schließt namentlich ein gesetzliches Verpfändungsverbot die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts nicht aus, l. 2. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9. Dernburg I §. 35. Als eigentliche gesetzliche Pfandrechte will nur die am gesammten Vermögen anerkennen Bachofen S. 271.

[2] Nicht bloß Wohngebäude gehören hierher, sondern auch Magazine, Stallungen 2c. 2c., selbst leere Plätze (areae), welche etwa zur Lagerung von Materialien, zu Zimmermannsarbeiten 2c. 2c. benützt werden. L. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14, l. 3. 4 D. h. t. Seuff. Arch. IV. 210. Eine besondere Abhandlung über dieses Pfandrecht in: Schwarze und Heyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 9.

[3] L. 2 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 58.

[3a] Nicht bloß ein qualificirtes Retentionsrecht. Dernburg I S. 296, Vangerow I §. 376 Nr. 1. a. Das Gegentheil nimmt an das Urtheil bei Seuff. IV. 210.

[4] L. 7 §. 1 D. h. t., l. 32 D. de pign. 20. 1. Vgl. l. 44 l. 79 §. 1 D. de leg. III° 32.

[5] Invecta et illata, l. 2. 3. 4 pr. l. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14. Vgl. Seuff. Arch. XXIV. 194, XXVI. 111, XXVII. 101. Hat aber der Schuldner kein anderes Vermögen hinterlassen, aus dem seine Beerdigung bestritten werden kann, so steht das Pfandrecht nach, l. 14 §. 1 D. de rel. 11. 7. An fremden Sachen hat der Vermiether wenigstens dem Miether gegenüber ein Retentionsrecht, l. 1 §. 5 l. 2 D. de migr. 43. 32. Das von dem Aftermiether Eingebrachte haftet dem Aftervermiether, aber zugleich dem ersten Vermiether, l. 5 pr. D. h. t., l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg I S. 305 fg., Vangerow a. a. O. a. E. Vertrag ohne sofortige Bestimmung eines Miethpreises; s. II §. 399 Note 14 und Seuff. Arch. XXIV. 198.

[6] Arg. l. 2 D. h. t.

gesetzliches Pfandrecht an den auf dem Grundstück von dem Pächter oder einem Afterpächter[7] gezogenen Früchten[8].

3. Ein gesetzliches Pfandrecht hat ferner derjenige, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude[9];

4) ferner der geschlechtsunreife Mündel an der mit seinem Gelde (nicht auf seinen Namen) angeschafften Sache[10],

5) endlich der Singular-Vermächtnißnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat[11].

## §. 232.

Ein gesetzliches Pfandrecht am gesammten Vermögen steht zu:

1) dem Fiscus für alle seine Forderungen mit Ausnahme der Strafforderungen[1];

---

[7] L. 24 §. 1 l. 53 D. loc. 19. 2.

[8] L. 7 pr. D. h. t., vgl. l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. — An den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat der Verpächter ein Pfandrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Vertrages, welcher aber kein ausdrücklicher Vertrag zu sein braucht. Davon l. 5 C. de loc. 4. 65 (Dernburg S. 312: „voluntate dominorum", d. h. auf Verlangen der Verpächter). A. M. Bachofen S. 21—23, welcher annimmt, es werde in der Stelle ein ausdrücklicher Pfandvertrag vorausgesetzt, und unter den „domini" seien die Eigenthümer der eingebrachten Sachen verstanden. Gegen diese Erklärung jetzt auch wieder Vangerow I §. 372 Anm. 1 (welcher in der 6. Aufl. Bachofen gefolgt war). Seuff Arch. XXIV. 192, XXVII. 100.

[9] Dieses Pfandrecht ist durch einen Senatsbeschluß unter K. Marcus eingeführt worden, l. 1 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 4 (1844). Vgl. außerdem Dernburg I §. 38, Sintenis S. 298 fg. und gem. Civilr. I §. 72 Note 8, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 83—87. Seuff Arch. I. 187, II. 266, VI. 162, XII. 253, XXV. 208.

[10] Nach einer Verordnung von Severus und Caracalla. L. 6 C. de servo pign. dato 7. 9, l. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9, l. 7 pr. D. qui pot. 20. 4. Mit diesem Pfandrecht concurrirt in dem Falle, wo die Anschaffung durch den Vormund geschehen ist, die Befugniß des Mündels, die Sache sofort als die seinige in Anspruch zu nehmen (§. 174 Note 7).

[11] Dieses Pfandrecht ist erst von Justinian eingeführt worden. L. 1. 2 C. comm. de leg. 6. 43. Dem Erbschaftsvermächtnißnehmer steht es nur in einem ganz besonderen Falle zu, Nov. 108 c. 2.

§. 232. [1] Steuerforderungen: l. 1 C. h. t., l. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Contractsforderungen: l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. h. t., l. 2. 3

2) ebenso dem Landesherrn und seiner Gemahlin[2];

3) dem Minderjährigen und dem Wahnsinnigen für ihre Forderungen gegen ihren Vormund aus der von demselben geführten Verwaltung ihres Vermögens[3]. Ist die Mutter Vormünderin, und sie schreitet zur zweiten Ehe, bevor sie den Kindern

---

C. de priv. fisci 7. 73, l. 3 C. de primipilo 12. 63. Die allgemeine Regel in l. 46 §. 3 D. de I. F. 49. 14: „Fiscus semper habet ius pignoris". Die Ausnahme der Strafforderungen in l. 17. 37 D. de I. F. 49. 14, l. un. C. poenis fiscalibus 10. 7. In diesem Umfange ist das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus erst am Ende des 2. Jahrh. der Kaiserzeit ausgebildet. Ueber das Geschichtliche s. Bachofen Nr. X, Dernburg I §. 41. 43. — Früher war es herrschende Ansicht, daß der Fiscus nur für seine Steuer- und Contractsforderungen ein gesetzliches Pfandrecht habe, und diese Ansicht vertritt mit manchen Andern (vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII S. 5) jetzt wieder Dernburg I S. 340. Ich glaube nicht, daß dieselbe haltbar ist. L. 10 pr. D. de pact. 2. 14 und l. 2 C. de her. act. 4. 16 enthalten keinen Beweis; man braucht nur an Fälle zu denken, wo der Fiscus auf sein Pfandrecht verzichtet hat. Dazu kommt der weite Sinn, in welchem der Ausdruck contrahere in den Quellen genommen wird, vgl. l. 1 D. de relig. 11. 7, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42. 4 und namentlich l. 20 D. de iud. 5. 1. Gegen die Dernburg'sche Ansicht s. namentlich Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 336 fg., Sintenis I §. 72 Note 18, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 1. Aus der Praxis: Seuff. Arch. II. 263, XI. 20, XIV. 120.— Der Fiscus als Rechtsnachfolger in eine fremde Forderung: l. 25 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. de I. F. 49. 14; Windscheid die Actio ꝛc. S. 187, Dernburg I S. 342 fg., Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 1. b. S. auch II §. 332 Note 12.

[2] L. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14.

[3] L. un. C. rem alien. 4. 53, l. 20 C. de adm. tut. 5. 37 (= l. 1 C. Th. de adm. et per. 3. 30), l. 7 §. 5. 6 C. de cur. fur. 5. 70. Das gesetzliche Pfandrecht des Wahnsinnigen rührt erst von Justinian her (dritte Stelle); über das Alter des Pfandrechts des Minderjährigen ist Streit, indem Einige auf Grund der ersten Stelle annehmen, daß es bereits unter der Regierung des Severus und Caracalla gegolten habe, während Andere, diese Stelle für interpolirt haltend, es erst auf Constantin (zweite Stelle) zurückführen. Vgl. Dernburg I §. 45 und die dort Citirten. — Findet das Pfandrecht auch Statt, wenn Jemand, ohne wirklich Vormund zu sein, das Vermögen eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen vormundschaftlich verwaltet? Dafür Dernburg I S. 367, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 2, und die daselbst Citirten. — Ungerechtfertigt ist die Ausdehnung auf die Vormünder anderer Personen, Dernburg I §. 368 (welcher aber in l. 13 §. 11 C. de iud. 3. 1 für den speciellen Fall derselben die Anordnung einer gesetzlichen Hypothek findet), Vangerow a. a. O. A. M. die bei Glück XIX

Rechnung gelegt und ihnen ihr Vermögen herausgegeben hat, so erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf das Vermögen ihres zweiten Ehemannes[4].

4. Kinder, deren Vermögen unter der Verwaltung ihres Vaters steht, haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben: a) in Betreff des Ehegewinnes[5], welcher dem Vater von der Mutter zugekommen und in Folge zweiter Ehe[6] oder sofort[7] an die Kinder gefallen ist[8]; b) in Betreff dessen, was die Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direct erworben haben[9].

---

S. 147 Note 17 Genannten, Sintenis Pfandr. S. 336. Vgl. Seuff. Arch. XII. 252, XXVII. 10.

[4] L. 2 C. quando mul. 5. 35, l. 6 C. h. t. 8. 15, Nov. 22 c. 40. Gegen die (auf l. 3 C. quando mulier 5. 35, Nov. 94 c. 1 gestützte) Ansicht daß die Mutter als Vormünderin nur in diesem letzteren Falle dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen sei (Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 225—232, Rudorff Vormundschaft I S. 262, Vangerow a. a. O.) s. Dernburg I S. 365—366.

[5] Lucrum nuptiale. S. II §. 511 Note 2.

[6] S. II §. 511 Note 3—5.

[7] Nach Nov. 98 c. 1 soll die dem Manne anfallende Dos auch ohne zweite Ehe sogleich in die Proprietät der Kinder übergehen, nach Nov. 127 c. 3 jedoch mit Abzug eines Kopftheils.

[8] L. 8 §. 4 C. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Man hat geleugnet, daß dieses Pfandrecht auch für die nach der vorigen Note sofort an die Kinder fallende Dos gelte. So Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI S. 57 fg., dem sich Dernburg I S. 379 anschließt. Dieser Meinung ist nicht beizutreten. Gegen dieselbe beweisen zwar nicht die Worte am Schluß der Nov. 98 c. 1 cit.: „et aliis accessionibus", welche in Widerspruch mit dem griechischen Texte zu verstehen nicht nöthig ist, wohl aber, was Justinian in der Mitte sagt: „his, quae super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt, in suo ordine servandis". Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III S. 84 fg., Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3 a. E.

[9] L 8 §. 5 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Abweichende Ansichten: 1) dieses Pfandrecht erstrecke sich auch auf das den Kindern von den mütterlichen Seitenverwandten Angefallene, s. dagegen Pfeifer jur. Ausführungen I. 5, Dernburg I S. 378, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3. b. 2) Dieses Pfandrecht setze zweite Ehe des Vaters voraus. So z. B. Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3a; s. dagegen Dernburg I S. 377. 3) Es bestehe gar nicht, sondern in l. 8 §. 5 cit. sei nichts enthalten, als eine Erstreckung des Pfandrechts wegen des Ehegewinnes auf die Kinder in der Ge-

5. Ein gleiches Pfandrecht, wie das unter 4. a genannte, haben die Kinder auch am Vermögen ihrer Mutter wegen des von dem Vater an dieselbe gefallenen und den Kindern erworbenen Ehegewinnes[10].

6. Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihres Ehemannes wegen ihrer Forderungen auf Herausgabe: a) ihrer Dos[11]; b) ihres in die Verwaltung des Mannes übergegangenen Paraphernalvermögens[12]; c) der ihr vom Manne als Wiederlage gegen die Dos ausgesetzten Eheschenkung[13]. Das Pfandrecht wegen der Dos steht in gleicher Weise jedem Andern zu, an welchen nach gesetzlicher Regel des Dotalrechts die Dos mit Auflösung der Ehe fällt[14].

7. Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos versprochen hat[15].

---

walt. So Löhr Arch. f. civ. Pr. IX. 4, X. 17; dagegen Dernburg I S. 376—377, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 3.

[10] L. 6 §. 2 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Leo 469), Nov. 98 c. 1 Nach der letzteren Stelle fällt an die Kinder auch ohne zweite Ehe, in gleicher Weise wie die dem Vater erworbene Dos, die der Mutter erworbene donatio propter nuptias; jedoch gilt auch hier die Beschränkung der Nov. 127 c. 3.

[11] L. 30 C. de I. D. 5. 12 (vgl. II §. 503 Note 4), l. un. §. 1 C. de rei ux act. 5. 13 (Justinian), §. 29 I de act. 4. 6. Auch die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt? Dafür z. B. Sintenis Pfandrecht S. 316, Puchta §. 200. w; dagegen Dernburg I S. 386—387, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 4. Auch die putative Ehefrau? Dafür Puchta a. a. O., Sintenis S. 319, Dernburg I S. 388; dagegen Vangerow a. a. O. Auch die jüdische Ehefrau? Dagegen Viele wegen Nov. 109 (Vangerow a. a. O.), so auch Seuff. Arch. VIII. 115, XXI. 240; dafür Fr. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen (1856), Dernburg I S. 388—389, Seuff. Arch. XVII. 117. Gegenwärtig ist die Frage durch die Gesetzgebung des neuen deutschen Reiches erledigt. S. I §. 55 Note 2. 3.

[12] Nach l. 11 C. de pact. 5. 14 (Justinian) nur wegen der dem Manne übergebenen und von demselben eingetriebenen Capitalien. Die Ausdehnung beruht auf der Praxis. Dernburg I S. 393.

[13] L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 19, Nov. 109 c. 1. Sintenis Pfandr. S. 325—327, Dernburg S. 384—385.

[14] Den Erben, dem Vater und den väterlichen Ascendenten der Frau. Justinian hat dieses Pfandrecht angeknüpft an die von ihm neu geschaffene actio ex stipulatu. S. die in Note 11 citirten Stellen.

[15] L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Dernburg I S. 394; vgl. Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 5.

8. Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so findet ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben zu Gunsten desjenigen Statt, an welchen das Hinterlassene bei Ueberschreitung der Bedingung zurückfällt[16].

9. Kirchen haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der Verschlechterung der Emphyteusis[17].

10. Die Praxis neigt dazu, Kirchen ein gesetzliches Pfandrecht auch am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der geführten Verwaltung, ein gleiches Pfandrecht den Stadtgemeinden, sowie den letzteren ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen der Steuerpflichtigen wegen ihrer Steuerforderungen zu gewähren[18].

## D. Richterliches Pfandrecht.

### §. 233.

Der Richter kann durch seine Verfügung ein Pfandrecht begründen im Theilungsurtheil[1]; ferner zum Zweck der Execution eines Urtheils auf Bestellung eines Pfandrechts[1a].

Aus anderen richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck Pfand in unseren Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinn, daß auch hier Etwas zur Sicherheit eines Anspruchs dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalt

---

[16] Nov. 22 c. 44. Die Erklärung von Marezoll (Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV. 11 Nr. 9. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 8), wonach dieses Pfandrecht ganz wegfallen würde, hat keinen Beifall gefunden. S. darüber Dernburg I §. 50, Vangerow I §. 375 Anm. Nr. 6. Vgl. noch Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 37—42.

[17] Nov. 7 c. 3 §. 2.

[18] Vgl. Sintenis S. 342—343, Dernburg I S. 356—357. Ueber l. 2 C. de deb. civ. 11. 32 f. Dernburg I S. 355.

§. 233. [1] Es ist das zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber deßwegen nicht weniger sicher. Für entscheidend muß die Analogie der Dienstbarkeiten (§. 214 Note 1) gehalten werden. A. M. Böcking Grundriß II §. 94 und, jedoch nicht für das heutige Recht, Dernburg I S. 177—178. Vgl. Arndts §. 372 Anm. 3.

[1a] Vgl. §. 173 Note 5, §. 214 Note 2, §. 221 Note 5, §. 223 Note 13.

des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht. Im Einzelnen gehört hierher:

1) die Pfändung, welche der Richter zum Zwecke der Execution eines Urtheils vornimmt. Das Gepfändete wird durch die Pfändung jeder die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners entzogen, und es wird auch, wenn der Schuldner die gesetzliche Frist verstreichen läßt, verkauft, und aus dem Kaufpreise der Gläubiger befriedigt[2]. Aber dieser Verkauf erfolgt nicht durch den Gläubiger kraft eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, sondern durch den Richter von Amtswegen[3], wie denn auch der Gläubiger durch den Verkauf dem Käufer gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet wird[4]. Ebensowenig enthalten die Quellen etwas von einem dem Gläubiger zustehenden Klagerecht auf Herausgabe des Besitzes der verpfändeten Sache[5].[5a]

---

[2] L. 15 §. 2 l. 31 D. de re iud. 42. 1.

[3] L. 2 C. si in causa iud. 8. 23. „Quum in causa indicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui indicatum fieri postulavit". L. 50 l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2.

[4] Verweigert der Käufer die Zahlung, so wird demselben das Pfand durch den Richter wieder genommen, l. 15 §. 7 D. de re iud. 42. 1. Wird das Pfand dem Käufer evincirt, so hat er zwar actionem ex emto, aber nur gegen den befreiten Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2.

[5] Die im Texte vorgetragene Auffassung wird mit Recht geltend gemacht von Dernburg I §. 53. II §. 119, während die herrschende Ansicht das s. g. pignus in causa iudicati captum mit dem gewöhnlichen Pfandrechte auf ganz gleiche Linie stellt (so neuerdings noch Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 272 fg., Waldeck das. LV S. 484 Note 6). Für die herrschende Ansicht beweist auch nicht l. 1 C. si in causa iud. 8. 23, welche von Einweisung in den Besitz und einem dadurch erzeugten s. g. prätorischen Pfandrecht (s. im Text unter Num. 2) spricht; statt „pignori datas", welches kritisch zweifelhaft ist und keinen guten Sinn gibt, ist wahrscheinlich zu lesen: „pignori occupatas". Vgl. l. 2. 3 C. qui pot. 8. 18. Vgl. auch noch v. Meibom Arch. f. civ. Pr. LII. 12.

[5a] Besondere Frage: welches ist die Wirkung der Pfändung von Früchten auf dem Halm? Das Urtheil des OAG. zu Oldenburg bei Seuff. Arch. XXIV. 209 nimmt eine, auf altdeutscher Rechtsanschauung beruhende, Oldenburgische Praxis an, nach welcher Früchte auf dem Halm ein selbständiges Pfändungsobject bilden, wie wenn sie schon getrennt wären. Die Gedanken dieses

2. Ein Pfandrecht entsteht auch aus einer vom Richter ertheilten Einweisung in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens[6], wenn in Folge derselben der Besitz wirklich erlangt worden ist[7], und vorausgesetzt daß die Einweisung den Zweck hat, dem Eingewiesenen Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruches zu verschaffen[8]. Im Einzelnen gehört hierher[9]: die Einweisung in den Besitz des Vermögens des Schuldners[10], welche den Gläubigern im Falle des Concurses

---

Erkenntnisses liegen zu Grunde der Abhandlung von Walbeck Arch. f. civ. Pr. LV. 21, welcher Schriftsteller aber so weit geht, für den bezeichneten Satz gemeinrechtliche Geltung in Anspruch zu nehmen. Die altdeutsche Grundlage ist doch zweifelhaft, und wohl mehr als das. Vgl. Stobbe Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 65, und schon vorher Wächter Erörterungen I S. 58. Göppert die organischen Erzeugnisse S. 157 fg. Gemeinrechtlich liegt m. E die Sache so, daß die Pfändung der Frucht auf dem Halme gültig ist als Pfändung einer res futura (vgl. §. 230 Note 10), daß diese Pfändung auch Pfandpriorität gibt (vgl. §. 242 Num. 5), daß in gleichem Sinne wie die Pfändung auch der richterliche Zuschlag beim Pfandverkauf gültig ist (wenn man denselben überhaupt als Eigenthumserwerbsact gelten lassen will), daß aber die Pfändung Pfandrecht und der richterliche Zuschlag Eigenthum nur dann begründen, wenn die Frucht mit der Trennung in das Eigenthumsrecht des Schuldners gelangt. Vgl. §. 144 Note 2, §. 230 Note 10.

[6] L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7: „si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui". L. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9. Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem pignus praetorium, l. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 1. 2 C. de pign. praet. 8. 22, vgl. l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54. — Vom pignus praetorium handelt ausführlichst Bachofen S. 281—480; ferner Dernburg I §. 51. 52.

[7] L. 26 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

[8] Diese Voraussetzung versteht sich nach dem Begriffe des Pfandrechts von selbst. Ein Pfandrecht entsteht also nicht, wenn durch die Einweisung unmittelbar derjenige factische Zustand realisirt wird, dessen Rechtmäßigkeit der Nachsuchende behauptet, wie z. B. wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente Eingesetzte in den Besitz der Erbschaft eingewiesen wird. Dernburg I S. 491.

[9] L. 1 D. quib. ex caus. 42. 4. „Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem [bonorum] mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine si non caveatur, non (in) universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur". Dernburg I S. 401.

[10] L. 11 §. 1 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 35 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 2. 3 C. qui pot. 8. 18, l. 1 C. si in causa iud. 8. 23 (Note 5).

ertheilt wird[11]; die Einweisung der Vermächtnißnehmer[12]; die Einweisung wegen verweigerter Sicherheit für den Ersatz des Schadens, welcher von der Fehlerhaftigkeit des benachbarten Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage droht[13]; die Einweisung der Mutter des ungeborenen Erben[14]. Das aus einer solchen Einweisung entstehende Rechtsverhältniß ist im Allgemeinen das, daß der Eingewiesene in dem ihm verliehenen Besitz geschützt wird[15], und ihm derselbe auch durch fernere rechtliche Verfügungen des Eigenthümers nicht mehr verkümmert werden kann[16]; ein Verkaufsrecht dagegen ist mit demselben nur

---

[11] Im älteren römischen Rechte war die „missio rei servandae causa" in Verbindung mit dem in den meisten Fällen sich daran anschließenden Verkauf des Vermögens des Schuldners das allgemeine römische Executionsmittel gegen den verurtheilten, geständigen oder nicht belangbaren Schuldner. Das Nähere über ihre fernere Geschichte gehört nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 283 fg., Dernburg I S. 404. 416, Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. II §. 114. III §. 159, Wetzell Civilproc. S. 576 (1. Aufl. S. 477).

[12] L. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 3. 5 C. ut in poss. leg. 6. 54. Der Vermächtnißnehmer wird eingewiesen: 1) in den Besitz des Nachlasses, wenn ihm der beschwerte Erbe bei nicht sofortiger Einforderbarkeit des Vermächtnisses Bürgschaft verweigert; 2) auch in den Besitz des eigenen Vermögens des Erben, wenn derselbe nach Fälligwerden des Vermächtnisses und gerichtlicher Zahlungsaufforderung 6 Monate mit der Entrichtung im Rückstand bleibt. Beide Einweisungen stellt zusammen l. 6 C. ut in poss. leg. 6. 54; näher handelt von denselben l. 5 D. ut in poss. 36. 4. Die letztere Einweisung unterscheidet sich von der ersteren dadurch, daß der Eingewiesene auch das Recht hat, sich aus den Früchten des Vermögens, in welches er eingewiesen ist, zu befriedigen, l. 5 §. 16. 21 D. tit. cit. Vgl. III §. 648 Anm. 2. 3.

[13] Die Einweisung hat zum Gegenstand das schadendrohende Grundstück. L. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9, l. 23 D. de pec. 15. 1. Vgl. II §. 458. 459.

[14] Die Einweisung erfolgt in die Erbschaft. Dig. 37. 9 de ventre in possessionem mittendo. Vgl. III §. 618.

[15] Die Verletzung seines Besitzesrechts erzeugt nach früherem römischen Recht nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verletzer, l. 1 pr. l. 4 pr. §. 2. 4 D. ne vis fiat ei 43. 14, l. 15 §. 36 D. de damno inf. 39. 2. Justinian hat dem Eingewiesenen einen dinglichen Anspruch gegen jeden Besitzer gegeben, l. 2 C. de praet. pign. 8. 22.

[16] L. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. qui potiores 8. 18, vgl. l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 12 D. pro emt. 41. 4.

im ersten Fall verbunden[17]. In einem andern Fall gewährt dieses Pfandrecht die Befugniß, sich aus den Früchten des Gegenstandes der Einweisung zu befriedigen[18].[19]

## E. Erwerb bestehender Pfandrechte.

### §. 233a.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, inwiefern es möglich ist, ein bestehendes Pfandrecht zu erwerben. Ein solcher Erwerb ist möglich in und mit dem Erwerbe der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient, das Pfandrecht folgt seiner Forderung ohne Weiteres in jede neue Hand[1]. Ohne die

---

[17] L. 1 C. si in causa iud. 8. 23. S. auf der andern Seite l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 114 §. 12 D. de leg. I° 30.

[18] Note 12 a. E. Der eingewiesenen Mutter des ungebornen Erben werden die Alimente, auf welche sie Anspruch hat, durch den aufgestellten Curator des Ungebornen unmittelbar verabreicht, l. 1 §. 19 l. 5 pr. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9.

[19] Der wesentliche Gegensatz, in welchem das hier erörterte Rechtsverhältniß zu dem gewöhnlichen Pfandrecht steht, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der Quellen ab. Gegenüber den Stellen, in welchen geradezu von einem pignus gesprochen wird, wird in l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54 gesagt: — „causam tuam quam iure praetorio *veluti* pignus habuisti“, in l. 18 §. 6 D. fam. erc. 10. 2: — „non . . discederet legatarius a possessione, quam *vice pignoris* erat consecutus“, in l. 23 D. de pec. 15. 1: — „*pro pignore* ea, si non defendantur, actor . . possidet“, und in l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4 heißt es geradezu: „sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit“. Derselbe Gegensatz in l. 13 D. quae in fr. cred. 42. 8. S. auch l. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

§. 233a. [1] L. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. II §. 332 Note 8. Dernburg I §. 78. — Es gibt Fälle, in welchen Jemand das Recht hat, die Abtretung einer Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung desselben zu verlangen. Diese Fälle sind: 1) der Fall des von dem Pfandgläubiger belangten Bürgen (l. 2. 11. 14. 21 C. de fidei. 8. 41, vgl. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 170 fg.), so jedoch, daß nach Nov. 4 c. 2 (§. 235 Note 19) der Bürge durch die Abtretung der Forderung keinen Pfandanspruch gegen den dritten Besitzer der Pfandsache erhält (Dernburg II S. 267, vgl. Arndts §. 378 Anm. 5, Seuffert §. 222 Note 1); 2) der Fall des rechtmäßigen Besitzers der Pfandsache, von welchem der Pfandgläubiger Herausgabe derselben verlangt (l. 19 D. qui pot. 20. 4, §. 235 Note 18).

Forderung, welche es versichert, kann das Pfandrecht regelmäßig nicht erworben werden[2]; in Ausnahmefällen hat jedoch das römische Recht auch einen solchen Erwerb zugelassen[3]. Dasselbe hat anerkannt: 1) daß das Pfandrecht unter gewissen Voraus-

---

In diesem letzteren Falle geht aber die Pfandforderung auch ohne Abtretung von Seiten des Gläubigers (durch s. g. cessio legis) auf den abfindenden rechtmäßigen Besitzer über. So, gegen die herrschende Meinung, Schmid Grundlehren der Cession I S. 283 fg., und ich glaube nicht, daß nach l. 57 i. f. D. de leg. I° dieser Satz bestritten werden darf. Mühlenbruch Cession §. 44 Note 542 stellt die Entscheidung der genannten Stelle als eine Singularität für Vermächtnisse dar; aber es leuchtet nicht ein, welche Rechtfertigung sie gerade in der Natur der Vermächtnisse finde. Jedenfalls abstrahirt sie von aller Willensinterpretation, kraft deren sonst so häufig bei Vermächtnissen eine Entscheidung getroffen wird, die an und für sich nicht begründet wäre. Die übrigen Stellen, welche Schmid für sich anführt (l. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, l. 2 C. de deb. civ. 11. 32), halte ich nicht für beweisend. — Erwerb einer Pfandforderung kann auch im Erbtheilungsverfahren durch den Theilungsspruch geschehen (l. 3 D. fam. erc. 10. 2). Keinen Erwerb der Pfandforderung aber finden die Quellen in der Adjudication der Pfandsache, wenn dieselbe im Erbtheilungs- oder gewöhnlichen Theilungsverfahren einem der Theilhaber ganz gegen Befriedigung des andern zugesprochen wird; in diesem Falle wird dem Adjudicatar zum Zweck der Wiedererlangung des an den andern Theilhaber Gezahlten ein Anspruch gegen den Schuldner nur nach dem Gesichtspunkt einer für den Schuldner gemachten Auslage gewährt. L. 29 D. fam. erc. 10. 2, vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3. Freilich ist über die Auslegung der l. 29 cit. viel Streit; s. darüber Sintenis Pfandrecht S. 447 fg. und gem. Civilr. I §. 75 Anm. 9, Bachofen S. 196 fg., Schmid Cession I S. 270 fg., Dernburg II S. 43 fg., Vangerow I §. 365 Anm., Eck die doppelseitigen Klagen S. 144 fg., Göppert krit. VJSchr. XIV S. 250. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß die genannten Stellen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben.

[2] Anders verhält es sich mit dem Pfandanspruch (der actio hypothecaria); derselbe kann durch Cession erworben werden, wie jeder andere Anspruch. Aber damit erlangt der Cessionar kein Pfandrecht und namentlich keine Verkaufsbefugniß. Vgl. über die Frage Mühlenbruch Cession S. 332 fg., Puchta Rechtslex. II S. 644 (kl. civil. Schriften S. 468), Vangerow III S. 120, Dernburg I S. 561, Sintenis II §. 129 Anm. 39a.

[3] Diese Ausnahmefälle sind es, in welchen man heutzutage vorzugsweise von einer „hypothekarischen Succession" spricht. Vgl. über dieselbe Sintenis §. 46. 47, Bachofen S. 497—541, Dernburg II §. 161—166 (die §§. 161—164 schon früher abgedruckt im Arch. f. civ. Pr. XLI. 1); ferner Schmid die Grundlehren der Cession I S. 279—352 (1863). Glück XIX. S. 351 fg.

setzungen von der Forderung, für welche es besteht, auf eine andere Forderung übertragen werden könne. Die Fälle, in welchen das römische Recht dieß anerkannt hat, haben das Gemeinsame, daß die Forderung, auf welche das Pfandrecht übertragen wird, an die Stelle der ursprünglichen Pfandforderung tritt, in der Weise, daß diese letztere untergeht. Das römische Recht hat aber 2) auch anerkannt, daß das für eine untergehende Forderung bestehende Pfandrecht auf ein anderes Subject übergehen kann ohne sich bei demselben wieder mit einer Forderung zu verbinden, so daß es bei dem neuen Erwerber als selbständiges Recht fortbesteht (§. 225 Num. 2). — Das praktische Interesse des in diesen Fällen anerkannten Erwerbes eines bestehenden Pfandrechts zeigt sich hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich[4], in der dadurch gewährten Möglichkeit, sich den Rang zu verschaffen, welchen ein bestehendes Pfandrecht vor anderen nachfolgenden Pfandrechten einnimmt (vgl. §. 247).

## §. 233b.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende.

1. Wenn durch Novation an die Stelle einer Forderung eine andere gesetzt wird, so können die den Novationsvertrag Abschließenden ausmachen, daß auf die neue Forderung, so weit sie den Betrag der alten nicht übersteigt, das Pfandrecht der alten übergehen solle[1]; jedoch ist dazu die Mitwirkung oder Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache erforderlich[2].

---

[4] Vgl. l. 3 D. quae res pign. 20. 3.

§. 233b. [1] L. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 pr. l. 12 §. 5 l. 21 pr. D. qui pot. 20. 4, vgl. l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27, l. 18 D. de nov. 46. 2. Wechselt bei der Novation der Gläubiger nicht, so heißt es in den Quellen „in suum locum eum succedere".

[2] L. 30 D. de nov. 46. 2 und arg. l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Zwar geht der Wortlaut der in beiden Stellen erwähnten und wegen Mangels des Eigenthums des Contrahirenden für ungültig erklärten Verträge nicht speciell auf Uebertragung des für die alte Obligation bestehenden Pfandrechts, sondern im Allgemeinen darauf, daß die neue Obligation ein Pfandrecht haben solle; aber es läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß man diese Verträge interpretationsweise durch Beziehung auf die bestehenden Pfandrechte aufrecht erhalten haben würde, wenn sich ihnen nicht auch in dieser Richtung das mangelnde Eigenthum des Pfandverleihers entgegengestellt hätte.

2. Unter der gleichen Voraussetzung[3] kann derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich durch den Schuldner das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers übertragen lassen[4]. Der gewöhnlichste hierher gehörige Fall ist der, wo Jemand einem Pfandschuldner ein Darlehn zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers gibt[5]; aber auch der Fall gehört hierher, wo Jemand auf Anweisung des Schuldners selbst an den Gläubiger zahlt[6], so wie der, wo Jemand auf ein ihm für eine andere Forderung zustehendes Pfandrecht verzichtet, damit der Schuldner der Sache pfandfrei verkaufen und aus dem Erlöse den Gläubiger befriedigen könne[7]. Ist die Befriedigung des abgefundenen Gläubigers nur eine theilweise, so geht ein Pfandrecht auf denjenigen, aus dessen Mitteln er abgefunden worden ist, auch nur für den geleisteten Betrag über[8], und zwar behält der Gläubiger für den Betrag, welcher ihm nicht geleistet worden ist, den Vorrang[9].

---

[3] L. 2 D. de pign. act. 13. 7.

[4] L. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 12 §. 8 D. qui pot. 20. 4, l. 1 C. de his qui in prior. 8. 10. Man darf nicht etwa sagen, daß derjenige, welcher einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dadurch das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ohne Weiteres erwerbe; dagegen ausdrücklich l. 1 C. cit., l. 3 D. cit., l. 2 D. de pign. act. 13. 7. Sondern es ist eben nothwendig ein Vertrag mit dem Schuldner, durch welchen dieser ihm ein Pfandrecht, und gerade das Pfandrecht des Abgefundenen einräumt. Freilich braucht das Letztere (daß auf den neuen Gläubiger gerade das Pfandrecht des Abgefundenen übergehen solle) nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden; auch die Umstände können es als gewollt ergeben. Hieraus erklären sich die scheinbar widersprechenden Entscheidungen der citirten Stellen. Anderes meint auch wohl kaum Dernburg a. a. O. S. 506—508. Vgl. noch Puchta §. 213. b.

[5] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 504—506. Seuff. Arch. IX. 271.

[6] Dernburg a. a. O. S. 504.

[7] L. 12 §. 9 D. qui pot. 20. 4. In diesem Falle ist die Forderung, mit welcher sich das übergehende Pfandrecht bei dem Erwerber vereinigt, bereits vorhanden, in den beiden zuvor genannten entsteht sie neu.

[8] Aus dem einen Pfandrecht, welches vorhanden war, werden hier zwei Pfandrechte — in gleicher Weise, wie dieß stattfindet, wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt.

[9] Diese Frage ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden; aber deßwegen ist es nicht weniger unzweifelhaft, daß sie beantwortet werden muß, wie im Texte geschehen ist. Der abgefundene Gläubiger behält nach der Regel

3. Auch dadurch, daß derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich dafür von dem Schuldner die Pfandsache zu Eigenthum übertragen läßt, erlangt er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber die rechtliche Stellung des abgefundenen Gläubigers[10].

4. Endlich hat jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht, durch Ausbezahlung eines vorgehenden dessen Pfandrecht ohne Weiteres an sich zu bringen[11]. Verweigert der vorgehende Pfandgläubiger die Annahme, so wird durch gerichtliche Deposition des

---

(§. 226 Note 3) für den ihm nicht geleisteten Theil seiner Forderung die gleiche Pfandmacht, welche er für die volle Forderung hatte; die Berufung auf diese Regel kann ihm nicht durch eine Verhandlung seines Schuldners mit einem Dritten, welcher er vollkommen fremd geblieben ist, entzogen oder geschmälert werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 512—513, Seuffert Pand. I §. 202 Note 3; a. M. Bachofen S. 527 und Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 218 fg., welche Concurrenz des alten und des neuen Gläubigers annehmen. Eine Folgerung aus dem aufgestellten Satze ist es, daß, wenn Mehrere hintereinander die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers hergeben, immer der Spätere dem Früheren vorgeht.

[10] L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget". L. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his qui in prior. 8. 19. Von diesem Falle sind auch wohl die Worte der l. 3 D. quae res pign. 20. 3: „quo casu emtoris causa melior efficietur" zu verstehen. Es ist in diesem Fall nicht erforderlich, daß das Pfandrecht des Befriedigten noch besonders eingeräumt werde. Seuff. Arch. XIII. 310. Ueber die Bedeutung eines Pfandrechts an eigener Sache s. das Nähere unten §. 248 Num. 4. Vgl. noch Dernburg a. a. O. S. 514—517, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 377—382. Seuff. Arch. IX. 270.

[11] S. g. ius offerendi. L. 12 §. 6. 9 l. 16. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 5 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1. 5 C. qui pot. 8. 18, l. 4 C. de his qui in prior. 8. 19. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandrecht des vorgehenden ohne Weiteres an sich zu bringen; es ist nicht etwa eine Uebertragung von Seiten des vorgehenden erforderlich. Der Vortheil, welchen der nachstehende Pfandgläubiger von dieser Succession hat, besteht namentlich darin, daß er sein Pfandrecht gegen den Verkauf des vorgehenden schützt, welcher Letztere natürlich bei dem Verkauf nur seine Interessen, nicht die des Nachpfandgläubigers, befragen wird. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß der Nachpfandgläubiger durch Ausbezahlung des vorgehenden „confirmat pignus suum". — Ueber das ius offerendi ist außer den beim vorigen §. in Note 3 Citirten noch zu vergleichen Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 20 (1841). Seuff. Arch. XXI. 109.

Betrages die gleiche Wirkung erzielt[12]. Bei theilweiser Befriedigung des vorgehenden Gläubigers tritt das gleiche Rechtsverhältniß ein, wie in dem bei Num. 2 genannten Fall[13]. Das Ausbezahlungsrecht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre lang in Besitz läßt[13a]. — Ein gleiches Recht, wie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden, darf auch umgekehrt dem vorgehenden gegen den nachstehenden nicht versagt werden[14]. Dagegen hat ein solches Recht

---

[12] L. 1 C. qui pot. 8. 18. Es muß dem Gläubiger mit dem Betrage seiner Forderung auch der Betrag der aufgelaufenen Zinsen angeboten werden (l. 1 C. qui pot. 8. 18, l. 12 §. 6 l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 2. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14), nicht aber auch der Betrag sonstiger chirographarischer Forderungen, wegen welcher der Gläubiger ein Retentionsrecht am Pfande hat (l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27, §. 234 Note 1). Eine Klage zur Geltendmachung des Ausbezahlungsrechts ist nicht nöthig bez. nicht zulässig: Seuff. Arch. VI. 160.

[13] Der vorgehende Pfandgläubiger, welcher von dem nachstehenden theilweise Befriedigung annimmt, wozu er keine Verpflichtung hat, thut das, um seine Pfandsicherheit zu verbessern, nicht, um sie mit dem Abfindenden zu theilen. Es liegt also auch hier kein Grund vor, aus welchem ihm die Berufung auf die gesetzliche Regel (Note 9) versagt werden dürfte.

[13a] L. 7 §. 3 C. de praescr. XXX 7. 39.

[14] Diese Frage ist sehr bestritten. Für die Bejahung: Glück XIX S. 355 und die das. Citirten, und aus der neueren Zeit: Müller Arch. f. civ. Pr. XI S. 386 fg. (1828) und ausführlicher civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1833), Bopp in Roßhirt's Zeitschrift I S. 375 fg. (1833), A. Thon das ius offerendi des besseren Pfandgläubigers (Habilitationsschrift 1863), Schmid a. a. O. S. 311 fg., Dernburg a. a. O. S. 529 fg., Vangerow I §. 377 Anm. 1; für die Verneinung: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 53. 54 (1828), Linde das. V S. 293 fg. und VI S. 215 fg. (1832. 1833), Fritz Erläuterungen I S. 526 fg. (1833, hier auch eine Uebersicht über die bis dahin erwachsene Literatur), Sintenis Pfandrecht S. 409—416 und gem. Civilr. I §. 73 Note 10, Bachofen S. 505—510. In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs habe auch ich mich für die Verneinung ausgesprochen: ich möchte dieselbe gegenüber Paul. sentent. II. 13 §. 8 nicht mehr aufrechterhalten, einer Stelle, welche, wenn sie auch nicht der Justinianischen Compilation angehört, doch immerhin gebraucht werden darf, um den eigentlichen Gedanken der in dieselbe aufgenommenen Sätze festzustellen. Doch bleibt die Sache zweifelhaft, und in diesem Sinne spricht sich auch Dernburg aus. Kein Gewicht ist für die Bejahung auf l. 5 C. qui pot. 8. 18 zu legen. Dernburg a. a. O. S. 530.

nicht derjenige, welcher gar nicht Pfandgläubiger ist. Wer, ohne nachstehender Pfandgläubiger zu sein, einen Pfandgläubiger befriedigt hat, erhält dadurch nicht dessen Pfandrecht, sondern es steht ihm nur gegen den Eigenthümer und die nachfolgenden Pfandgläubiger, deren Lage er dadurch verbessert hat, ein Ersatzanspruch nach dem Gesichtspunkt der Verwendung zu[15]. —

Uebrigens ist die juristische Natur der hier aufgezählten Fälle nicht unzweifelhaft, worüber das Nähere in der Note[16] bemerkt ist.

---

[15] L. 29 D. fam. erc. 10. 2, l. 7 §. 12 D. comm. div. 10. 3, l. 12 §. 1 D. qui pot. 20. 4.

[16] Mit der hier vorgetragenen Auffassung, wonach in den genannten Fällen ein Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung stattfindet, stimmt überein Brinz S. 292. 836; für die Fälle Nr. 1 u. 3 theilt sie auch Adamkiewicz Arch. f. civ. Pr. LVI. 1. Dagegen läßt 1) die herrschende Meinung Uebergang des Pfandrechts ohne seine Forderung nur in dem ersten der genannten Fälle eintreten; in den übrigen läßt sie mit dem Pfandrechte zugleich seine Forderung, und das Pfandrecht nur auf Grund des Ueberganges der Forderung übergehen, vgl. namentlich Glück XIX S. 351 fg., Linde a. a. O. S. 291 fg., Mühlenbruch Cession S. 482—488, Puchta §. 213 (welcher Letztere sogar den Fall unter Nr. 1 nicht ausnimmt), Schmid a. a. O. (welcher im Falle Nr. 1 Fortdauer des alten Pfandrechts mit naturalis obligatio annimmt), Arndts §. 374 Anm. 1; für den Fall Nr. 4 wird diese Meinung vertheidigt auch von Luden Arch. f. civ. Pr. LIII S. 35 fg., Zimmermann das. Nr. 15, Adamkiewicz a. a. O. 2) Umgekehrt ist Dernburg a. a. O. der Ansicht, daß in allen hierher gehörigen Fällen weder Forderung noch auch Pfandrecht übergehe, sondern daß in denselben ein neues Pfandrecht entstehe, welchem dann durch gesetzliche Vorschrift vielfach die gleiche juristische Stellung, und namentlich der Rang des untergegangenen beigelegt werde. Diese Meinung theilen für den Fall Nr. 1 Adamkiewicz a. a. O., für den Fall Nr. 1—3 Bachofen a. a. O., dieser Letztere jedoch mit der Modification, daß er den Rang und die rechtlichen Vorzüge des abgetretenen Pfandrechts in dem neuen fortbauern läßt. Vgl. auch Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 56—61, Karsten die fingirte Cession (Rostock 1874) S. 113 fg. — Die Sache liegt so, daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen. Jedoch spricht gegen die herrschende Meinung, daß die Quellen von einem Uebergang der Forderung nirgends reden; daß, wenn die Forderung wirklich überginge, der abfindende Nachpfandgläubiger auch die sonstigen für die Forderung bestehenden Pfandrechte erhalten müßte, obgleich er doch für diese Nachpfandgläubiger nicht ist; endlich, daß nicht abzusehen ist, warum Uebergang eines Pfandrechts ohne seine Forderung nicht überhaupt möglich sein sollte, wenn er in Einem Fall wirklich eintritt. Für

# V. Inhalt des Pfandrechts.

## Einleitung.

### §. 233c.

Den Inhalt des Pfandrechts bilden die Befugnisse, welche dasselbe dem Pfandgläubiger gewährt. Dieselben sollen im

---

die herrschende Meinung darf man sich nicht auf l. 1 §. 11 D. de exerc. act. 14. 1, l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 §. 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 10 §. 1 D. quae in fr. cred. 42. 8 berufen denn man würde das nur in dem Sinne thun dürfen, daß man aus diesen Stellen den allgemeinen Satz herleitete, daß überhaupt, wer einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dessen Forderungsrecht erwerbe, und s. gegen diesen Satz Note 4. Sondern die genannten Stellen lassen sich, wie mir scheint, in keiner andern Weise erklären, als durch die Annahme, daß hier durch gesetzliche Vorschrift einer Forderung eine gleiche Kraft beigelegt werde, wie sie eine untergegangene frühere hatte. Und dieß spricht entschieden für Dernburg's Auffassung. Es ist auch zuzugeben, daß gegen diese letztere Auffassung nicht die von den Quellen in Betreff der hypothekarischen Succession gebrauchten Ausdrücke: loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in pignus succedere, in ius succedere (Dernburg a. a. O. S. 492) geltend gemacht werden dürfen. Es ist keineswegs nothwendig, diese Ausdrücke von einem Eintreten in das identische Recht des Vorgängers zu verstehen; es ist möglich, daß sie nichts Anderes sagen wollen, als daß der Nachfolger eine gleiche Rechtsstellung gewinne, wie der Vorgänger (vgl. l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 D. de pec. const. 13. 5, Gai. III. 7, Ulp. XXVI. 2, Dig. 38. 9 de successorio edicto, l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27). Von der anderen Seite, wenn wirklich das durch die s. g. hypothekarische Succession begründete Pfandrecht in aller und jeder Beziehung die gleiche juristische Stellung hätte, wie das zuvor dagewesene, könnte man die Frage, ob es das alte sei, oder ein neues, immerhin auf sich beruhen lassen, da ja der Begriff der Rechtsnachfolge nur darin seine Bedeutung hat, daß durch eine eingetretene Rechtsveränderung die vorhanden gewesene juristische Bestimmtheit nicht weiter aufgehoben wird, als die Veränderung reicht (§. 64 Note 1). Und das ist denn auch die einzige praktische Differenz zwischen der Ansicht Dernburg's und der hier vertretenen, daß nach der letzteren in Beziehung auf das Pfandrecht Alles so bleibt, wie es gewesen ist, nach der Ansicht Dernburg's aber, wenn ich ihn recht verstehe, nur der Rang und allenfalls die Begünstigung in Betreff des Verkaufsrechts (nach l. 3 D. quae res pign., s. a. a. O. S. 509. 510), es müßte denn ausdrücklich Weiteres ausgemacht sein. Ich muß nun gestehen, daß Dernburg das Argument,

Folgenden mit Zugrundelegung der Unterscheidung zwischen Pfandrecht an körperlichen und Pfandrecht an unkörperlichen Sachen dargestellt werden. —

Das Pfandrecht ist von obligatorischen Verpflichtungen, sowohl des Pfandgläubigers als des Verpfänders, begleitet, in gleicher Weise wie Nießbrauch, Emphyteusis und Superficies von obligatorischen Verpflichtungen begleitet sind. Den Ausgangspunkt für die das Pfandrecht umgebenden obligatorischen Verpflichtungen bildet im römischen Recht der Fall der Hingabe einer Sache zum Faustpfand; später sind die für diesen Fall entwickelten Grundsätze auf andere Arten des vertragsmäßigen Pfandrechts, so wie auf nicht vertragsmäßige Pfandrechte, so weit die Verhältnisse die gleichen sind, übertragen worden[1].

---

welches in dieser Beziehung in der genannten l. 3 D. quae res pign. gegen ihn liegt, mir auch durch die Erklärung, welche er jetzt von dieser Stelle gibt (vgl. Arch. S. 23. 24), nicht aus dem Wege geräumt zu haben scheint, und zu beachten ist doch auch l. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor. 27. 9, obgleich diese Stelle freilich keinen entscheidenden Beweis liefert (Dernburg a. a. O. S. 501. 502). Daß in den Fällen Nr. 1. 2 Einwilligung des Eigenthümers erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechts; es ist ein sich von selbst aufdrängender Gedanke, daß über ein vacant werdendes Pfandrecht auch nur der Eigenthümer disponiren dürfe. Wenn ich in der ersten Auflage für entscheidend gegen Dernburg erklärt habe, daß derselbe sich genöthigt sehe, beim ius offerendi eine (gesetzliche) Neubegründung eines Pfandrechts ohne Forderung anzunehmen, so halte ich das jetzt nicht mehr aufrecht; denn es wird dem Ausbezahlenden die actio negotiorum gestorum nicht versagt werden können (s. II §. 431 Note 12 und namentlich l. 3 C. de neg. gest. 2. 19). Jedenfalls aber hat Dernburg beim ius offerendi eine neue und bisher unbekannte Art gesetzlichen Pfandrechts. Denn wenn er jetzt auszuführen sucht (a. a. O. S. 518 fg.), daß die Ausbezahlung des Vorhypothekars durch den Nachhypothekar eine Erweiterung des nachstehenden Pfandrechts nach dem Gesichtspunkt der Verwendung bewirke (l. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 14), so halte ich das in keiner Weise für zutreffend. Der Nachhypothekar zahlt nicht, um sein Pfandrecht in der demselben an und für sich zukommenden Kraft zu erhalten, sondern um demselben eine ihm an und für sich nicht zukommende Kraft neu zu erwerben.

§. 283c. [1] Vgl. II §. 381. Dernburg I S. 138—169.

## A. Inhalt des Pfandrechts an körperlichen Sachen.

### 1. Recht des Besitzes.

### §. 234.

Dem Pfandgläubiger kann möglicherweise sogleich bei der Verpfändung die verpfändete Sache zum Besitz übergeben worden sein (Faustpfand). Ist dieß nicht der Fall, so kann er sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz derselben setzen. In dem einen und dem andern Falle braucht er die Sache dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, bis er für die Pfandforderung befriedigt worden ist. Aber auch nachdem er für die Pfandforderung befriedigt worden ist, hat er nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts dem verpfändenden Schuldner gegenüber ein Retentionsrecht wegen seiner sonstigen Forderungen gegen denselben[1].

Ebenso wenig wie die Pfandsache, braucht der Gläubiger vor seiner Befriedigung die von der Pfandsache gezogenen Früchte herauszugeben. Da nun Früchte nicht zum Aufbewahren bestimmt sind, darf er dieselben auch verzehren[2], muß sich aber den Werth derselben zuerst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anrechnen[3]. Ist die Sache ihm zum Faustpfand gegeben, so kann

---

[1] L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse 8. 27 (Gordianus III. a. 240). Dem verpfändenden Schuldner gegenüber: nicht gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger, was die Stelle ausdrücklich hervorhebt; aber auch nicht gegenüber dem Verpfänder, welcher für eine fremde Schuld verpfändet hat. Ueber diese und andere Fragen, zu denen die Stelle Veranlassung gegeben hat, s. Glück XV S. 130 fg., Fritz Erläuterungen I S. 290—295, Sintenis Pfandr. S. 243—246, Schenck die Lehre vom Retentionsrecht (1837) §. 71. 92, Vangerow I §. 382 Anm., Dernburg II S. 94—107, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 102 fg., Seuff. Arch. XIX. 128, Budde Entscheid. des OAG. zu Rostock VII Nr. 31. §. 234.

[2] Andere geben dem Pfandgläubiger Eigenthum an den Früchten, so namentlich Dernburg II S. 71 fg., ferner Bachofen Nr. V und Böcking §. 151 Note 17, die Letzteren indem sie den Pfandgläubiger als b. f. possessor ansehen — hiergegen Keller Rec. S. 1001 fg., Dernburg a. a. O. Gegen den Eigenthumserwerb auch Göppert die organischen Erzeugnisse S. 388 fg.

[3] L. 1—3. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 11 C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de partu pign. 8. 25, l. 1 C. de distr. pign. 8. 28, l. 23 pr. D. de

er aus den Früchten Zinsen entnehmen, auch ohne daß dieselben ihm versprochen worden sind[4]. Es kann auch ausgemacht werden, daß die Früchte statt der Zinsen dienen sollen[5], in welchem Falle die Bestimmungen des römischen Rechts über das erlaubte Zinsmaß, wenn nicht offenbarer Zinswucher vorlag, keine Anwendung fanden[6].

---

pign. 20. 1, l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4. Von der anderen Seite ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Interessen des Schuldners in Betreff der Fruchtziehung zu wahren; daher die Anrechnung auch dann geschieht, wenn er durch seine Schuld keine Früchte gezogen hat, l. 3 C. de pign. act., l. 2 C. de partu pign. — Wie ist es, wenn der Pfandgläubiger in anderer Weise, als durch Verzehren von Früchten, aus der Pfandsache einen Gewinn zieht, muß er auch diesen sich anrechnen bez. herausgeben? S. l. 21 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 22 pr. §. 1 D. de pign. act. 13. 7 (l. 15 pr. D. de furt. 47. 2, l. 79 eod., l. 74 D. de sol. 46. 3, l. 46 D. de R. 50. 17), und Dernburg I S. 142—151. — Es kann übrigens bei der Verpfändung sowohl ausgemacht werden als stillschweigend verstanden sein, daß der Gläubiger das Pfand nicht solle benützen dürfen; in diesem Falle macht er sich, wenn er es dennoch thut, der Entwendung (furtum) schuldig, l. 54 pr. D. de furtis 47. 2, §. 6 I. de obl. quae ex del. 4. 1: vgl. l. 6 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 2 D. de suppell. leg. 33. 10. — Ueber das Ganze s. Dernburg II S. 67—73.

[4] L. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere". Es hat von jeher nicht an Versuchen gefehlt, die l. 8 cit. zu beseitigen, der letzte ist von Stephan Arch. f. civ. Pr. XXX 14 (1847). S. dagegen Vangerow I §. 384 Anm. 2, Dernburg II §. 89.

[5] Dafür war bei den Römern der Ausdruck antichresis gebräuchlich. (In dem in der vorigen Note bezeichneten Fall sprechen die Neueren von einer antichresis tacita.) Vgl. über dieses Rechtsverhältniß Glück XIV S. 104 fg., Sintenis S. 261 fg., Dernburg II §. 91. Göppert a. a. O. S. 296 fg. Aelteres deutsches Recht: Meibom S. 341 fg. — Es scheint, daß man in der römischen Jurisprudenz verschiedener Meinung darüber war, ob der Ausdruck pignus die antichresis mit umfasse, und ob daher nicht die Formel der actio hypothecaria und pignoraticia besonders eingerichtet werden müsse, um den Judex zu befähigen, über ein solches Rechtsverhältniß zu erkennen; daher l. 33 D. de pign. act. 13. 7, l. 11 §. 1 D. de pign. 20. 1. Andere beziehen die letztere Stelle auf eine Antichresis ohne Verpfändung, so namentlich Glück S. 108 fg., Dernburg II S. 92.

[6] L. 17 C. de usur. 4. 32. „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proven-

## §. 235[*].

Gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz der Pfandsache vorenthält, steht dem Pfandgläubiger ein Anspruch auf Grund seines Rechts an der Sache, also ein dinglicher Anspruch, und bei Verweigerung der Befriedigung desselben eine dingliche Klage zu (§. 122)[1]. Hierüber ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Fälligkeit der Schuld ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Pfandanspruchs und der Pfandklage. Einmal dann nicht, wenn es sich um eine zum Faustpfand gegebene Sache handelt, gemäß des in einer solchen Verpfändung ausgesprochenen Willens des Eigenthümers; und auch bei anderen Pfändern kann vor der Fälligkeit der Schuld Herausgabe verlangt werden, wenn das Interesse des Gläubigers es erfordert[2]. Nicht das

---

tum rescindi placita non possunt". Vgl. l. 14 C. eod. Vgl. außer den Genannten Seuffert Erörterungen II S. 105 fg., Vangerow I §. 384 Anm. 2, Holzschuher II §. 125 Nr. 10.

* Sintenis §. 59, Dernburg II §. 126—134. Glück XVIII S. 309 —392.

[1] Actio Serviana, quasi Serviana, utilis Serviana, hypothecaria, pignoraticia (in rem). Eine prätorische Klage (l. 17 §. 2 D. de pact. 2. 14), ursprünglich aufgestellt, als Serviana actio, für den Fall, wo der Pächter das auf das gepachtete Grundstück Eingebrachte verpfändet hatte, später, als actio quasi Serviana, oder utilis Serviana, ausgedehnt auf alle anderen Fälle des Pfandrechts, aber auch in dieser Ausdehnung sehr gewöhnlich actio Serviana schlechthin genannt. S. §. 7 I. de act. 4. 6 und die bei Bachofen S. 28—30 citirten Stellen. Sie ist eine in rem actio, eine vindicatio, petitio, und zwar rei, nicht iuris, §. 31 I. de act. 4. 6, l. 18 C. de pign. 8. 14, l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 D. de serv. 8. 1. Bachofen S. 30. 31, Dernburg II S. 289. 290. Ueber die Geschichte und die Formel der Serviana actio s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 168, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 226 fg., Bachofen Nr. II und S. 637, Keller Rec. S. 972 fg., Dernburg I §. 6. 7, Scheurl Rec. S. 429, A. Thon Zeitsch. f. RGesch. II S. 262 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 97 fg.

[2] L. 14 pr. D. de pign. 20. 1. „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit". Der Richter kann sich nach der freien, ihm bei der Pfandklage eingeräumten Stellung (actio arbitraria) auch damit begnügen, Bestellung

Gleiche gilt, wenn die Pfandschuld eine bedingte ist, während bei bedingter Verpfändung wenigstens Sicherstellung begehrt werden kann[3].

2. Abgefordert werden kann die Sache von jedem Besitzer[4], Verpfänder oder Drittem[5]. Ueber das Nähere entscheiden die Grundsätze von dem Eigenthumsanspruch und der Eigenthumsklage (§. 196 Num. 2. 3)[6].

---

einer Caution zu verfügen; Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten. Andere (Glück XVIII S. 327, Sintenis S. 54, Leist bon. possessio I S. 377) verstehen die l. 14 pr. cit. nur von dem Falle des Faustpfands; noch Andere (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 217, Bachofen S. 13 Note 8) sehen in derselben eine Eigenthümlichkeit des interdictum Salvianum. Dawider Keller Rec. S. 967 fg., Dernburg II S. 299, Stölzel Arch. f. civ. Pr. XLV S. 376 fg. Ueber l. 10 C. de pign. 8. 14 f. Huschke a. a. O. S. 164, Bachofen S. 179, Dernburg II S. 377 fg. — Seuff. Arch. VI. 159, XI. 215.

[3] L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1. Die Formel verlangte Verpfändung für eine Schuld. Von einer bedingten Verpfändung konnte man immerhin sagen, sie sei Verpfändung; ebenso von einer befristeten Schuld, sie sei Schuld, (§. 96 Note 5). Aber man konnte nicht auch von einer bedingten Schuld sagen, daß sie Schuld sei (§. 89 Note 1). Vgl. überhaupt Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 146—148. 163—172. Dernburg II S. 299 glaubt, auch im Falle bedingter Schuld sei actio utilis gegeben worden, was sich in der Sache sehr empfiehlt, aber schlecht zu l. 13 §. 5 cit. paßt.

[4] L. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 150.

[5] Der Dritte kann auch der Eigenthümer sein; wer das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, erwirbt es „cum sua causa". L. 18 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 15 C. de pign. 8. 14, l. 10 C. de rem. pign. 8. 26, l. 12 C. de distr. pign. 8. 28. Nichtig ist die Veräußerung der Pfandsache, wenn sie durch Vertrag verboten ist (§. 172a Note 8), und in der Veräußerung einer verpfändeten beweglichen Sache, um sie dem Gläubiger zu entziehen, liegt eine Entwendung (furtum), welche jedoch den Eigenthumserwerb auf Seite des redlichen Empfängers nicht ausschließt. L. 19 §. 6 l. 61 §. 8 l. 66 pr. D. de furt. 47. 2, l. 36 D. de nox. act. 9. 4, Nov. 112 c. 1. Fritz Erläuterungen I S. 495—496, Vangerow I §. 384 Anm. 1, Dernburg II S. 6—10. (Heutzutage unpraktische Beschränkungen des Veräußerungsrechts des Eigenthümers: l. 3 D. de manum. 40. 1, l. 3 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 29 D. qui et a quib. 40. 9; l. 2 §. 9 D. de relig. 11. 7. Dernburg II S. 12—19.)

[6] Die actio hypothecaria ist petitio rei, und ausdrücklich anerkannt ist in den Quellen, daß sie auch gegen denjenigen gehe, „qui dolo desiit possidere", l. 16 §. 3 cit. Hiernach ist es keiner Frage unterworfen, daß

3. Auch in Betreff des Inhalts des Pfandanspruchs und der aus demselben erfolgenden Verurtheilung gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie beim Eigenthum (§. 193. 194)[7]. Nur werden, wenn es zur Geldcondemnation kommt, der Schuldner, der nachstehende Pfandgläubiger, und jeder Besitzer, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, nie auf Mehr verurtheilt, als auf den Betrag der Schuld[8]; und was die Früchte angeht[9], so wird a) auf dieselben überhaupt nur dann verurtheilt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht[10];

---

namentlich auch in Betreff der Verhaftung desjenigen, welcher ohne Arglist den Besitz verloren, sowie desjenigen, welcher, ohne zu besitzen, sich arglistiger Weise in den Proceß eingelassen hat, die Regeln von der rei vindicatio maßgebend sind. Vgl. überhaupt Dernburg II S. 291—294.

[7] Aus l. 16 §. 3 cit. geht im Besonderen hervor, daß gegen denjenigen, welcher in Folge seiner Arglist nicht mehr besitzt, das Interesse durch Eid bestimmt werden kann. — Erfolgt der Pfandverkauf, wie heutzutage regelmäßig bei unbeweglichen Sachen (§. 237 Note 11a), durch den Richter, so wird der Pfandgläubiger häufig kein Interesse haben, Herausgabe der Pfandsache zu verlangen; er trägt dann nur darauf an, das Gericht möge sein Pfandrecht anerkennen, die Stellung der Pfandsache zum öffentlichen Verkaufsverfahren verordnen, und den Beklagten zur Herausgabe der Pfandsache an den künftigen Erwerber verurtheilen. Vgl. Dernburg II §. 129, Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185. — Ueber Beweisfragen s. Dernburg II §. 130.

[8] Dieß sagt für den Schuldner l. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1. L. 16 §. 6 eod. ist jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Compilation von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner durch ein Versehen des Richters auf Mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt worden ist; der Verfasser der Stelle aber war wohl überhaupt abweichender Meinung (s. auch §. 3 eod.). Der Grund, weßwegen der Schuldner nicht auf Mehr, als den Betrag seiner Schuld verurtheilt wird, ist, weil der Gläubiger ihm das Mehr doch herausgeben müßte. Daraus folgt von selbst, daß das Gleiche für den nachstehenden Pfandgläubiger gelten muß, und auch die Gleichstellung des dritten Besitzers, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Mehr, welches von ihm gefordert wird, indirect vom Schuldner gefordert wird. Vgl. noch Dernburg II S. 315—317.

[9] Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 273 fg., Francke Arch. f. civ. Pr. XXX S. 189 fg., Vangerow I §. 370 Anm. Nr. II., Jancke in der §. 226a Note 9 citirten Schrift S. 260 fg., Dernburg II S. 318—320, Göppert die organischen Erzeugnisse S. 392 fg.

[10] L. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1: — „quid enim si minoris sit praedium, quam debetur?“ Francke a. a. O. S. 193 will dieß auf die zuvor genannten Personen beschränken.

b) auf diejenigen, welche vor dem Beginne des Processes gezogen sind, auch unter dieser Voraussetzung nur dann, wenn sie zur Zeit des Beginnes des Processes noch vorhanden waren[11] und bei ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders gelangt sind[12].

4. Einen Gegenanspruch wegen Verwendungen[13] hat der Schuldner nie[14], der Eigenthümer der Pfandsache, welcher nicht Schuldner ist, nur wegen solcher Verwendungen, durch welche der Verkaufswerth[14a] der Sache jetzt noch erhöht ist[15], jeder Dritte nach den beim Eigenthum geltenden Grundsätzen (§. 195)[16].

---

[11] L. 16 §. 4 cit.: „nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit". Francke a. a. O. S. 192 will den bösgläubigen Besitzer auch für die nicht mehr vorhandenen Früchte nach den Grundsätzen von der Eigenthumsklage haften lassen. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 829.

[12] Denn sonst sind sie dem Pfandrechte gar nicht unterworfen (§. 226a Note 11). Die nach dem Beginne des Processes gezogenen Früchte müssen, auch wenn sie in das Eigenthum des besitzenden Dritten gelangt sind, nach dem Grundsatz herausgegeben werden, daß die Dauer des Processes dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen soll (§. 124). L. 16 §. 4 D. cit.: — „ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet". — Dernburg S. 320 will die Verurtheilung auch auf die nicht in das Pfandrecht gefallenen Früchte erstreckt wissen, mit Beschränkung jedoch auf die nach der Fälligkeit der Forderung gezogenen. Dernburg meint, der Kläger könne sagen, der Besitzer verdanke es nur seiner Nachsicht, daß er diese Früchte nicht nach dem Processe gezogen habe. Aber nicht nur scheint mir dieses Argument von zweifelhaftem Werth, sondern auch die Voraussetzung, die Stelle habe den gewöhnlichen Fall des beklagten Verpfänders im Auge, viel näher zu liegen, als die von Dernburg gemachte (Fruchtgewinn nach Fälligkeit der Forderung).

[13] Hierüber eine besondere Abhandlung von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XX. 6 (1837). Dernburg II §. 139. 140. S. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsrecht (1858) S. 40—44. 114—116.

[14] Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so müßte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.

[14a] Vgl. Dernburg a. a. O. S. 355—356.

[15] Er hat also nicht nur keinen Anspruch wegen der s. g. impensae voluptuariae, was allgemeinen Grundsätzen gemäß ist (§. 195 Note 10. 11), sondern auch keinen wegen der nothwendigen Verwendungen (nothwendige Verwendungen erhalten nur die Sache, aber steigern nicht ihren Werth). Denn derjenige, dem er durch diese Verwendungen die Sache erhalten hat, ist

5. In Betreff der Einreden gilt hier folgendes Besondere.

a) Der Pfandanspruch unterliegt den gleichen Einreden, wie die durch das Pfandrecht versicherte Forderung[16a]; nur können dritte Besitzer (Besitzer außer dem Schuldner) nicht solche Einreden entgegensetzen, welche höchst persönlicher Natur sind, sie müßten denn einen Rückgriff gegen den Schuldner haben (§. 225 Note 3).

b) Jeder Besitzer gewinnt dadurch eine Einrede gegen den Pfandanspruch, daß er sich bereit erklärt, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen[17]. Ist er rechtmäßiger Besitzer, so kann er zugleich verlangen, daß der Gläubiger ihm gegen Befriedigung seine Forderung und deren Accessionen abtrete[18].

c) Dritte Besitzer können verlangen, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche[19].

---

in erster Linie er selbst. Bewiesen wird der hier aufgestellte Satz durch l. 44 §. 1 D. de damno inf. 39. 2, wo übrigens eine Ausnahme für denjenigen gemacht wird, welcher ein ihm Schaden drohendes Gebäude reparirt, dessen Eigenthum ihm wegen verweigerter cautio damni zugesprochen wird. Daß der Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz der werthsteigernden Verwendungen hat, sagt l. 29 §. 2 D. de pign. 20. 1 (wo die bonae fidei possessio nicht etwa von einem Nichtkennen des Pfandrechts verstanden werden darf). Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff des Verhältnisses der genannten beiden Stellen und der aus ihnen zu entwickelnden Rechtssätze s. Dernburg a. a. O. S. 359—363. Aus der Praxis: Seuff. Arch. IX. 11, XI. 127.

16 L. 29 §. 2 cit. i. f. Vgl. Seuff. Arch. XXVI. 17. (?)

16a Dieser Satz ist auch durch das Princip des modernen Hypothekenrechts an und für sich nicht ausgeschlossen; nur verlangt dieses Princip, daß der dritte Erwerber einer eingeschriebenen Hypothek keinen Einreden unterliege, welche aus dem Hypothekenbuch nicht ersichtlich und ihm auch sonst nicht bekannt waren. Weiter geht übrigens das Mecklenburgische Recht (§. 225 Note 16). Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. X S. 48 fg. 96 fg., v. Meibom das Mecklenburgische Hypothekenrecht §. 23. 30.

17 L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1, l. 11 §. 4 D. qui pot. 20. 4, vgl. l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1. Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen: Seuff. Arch. XIV. 20. Im Allgemeinen: Bachofen S. 501—504, Dernburg II §. 131.

18 L. 19 D. qui pot. 20. 4. Die Forderung geht aber auch ohne Abtretung über (§. 233a Note 1). Ueber Näheres s. Dernburg II §. 141; auch Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 167 fg.

19 S. g. exceptio excussionis personalis, eingeführt in Nov. 4. c. 2.

d) Dritte Besitzer eines für eine Bürgschaftsobligation haftenden Pfandes können den Gläubiger nicht bloß auf den Bürgen und dessen Afterbürgen, sondern auch auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner und die für diese haftenden Pfänder verweisen[20].

e) Eine Verweisung auf andere, ihm für dieselbe Forderung haftende Pfänder[21] braucht der Gläubiger, wenn ihm keine Chicane zur Last fällt[22], sich nicht gefallen zu lassen[23], es

---

Früheres Recht: l. 19 D. qui pot. 20. 4, l. 14. 24 C. de pign. 8. 14, l. ult. C. de O. et A. 4. 10; s. aber auch l. 47 D. de I. F. 49. 14, l. 1 C. de conven. fisci debitoribus 10. 2, l. 10 C. de pign. 8. 14 (Dernburg II S. 376—378). Gegen die Ansicht (Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 6—12, s. außerdem die bei Glück XVIII S. 372 Citirten), daß durch Nov. 112 c. 1 diese Einrede für den Fall eines vom Eigenthümer veräußerten Specialpfandes wieder aufgehoben worden sei, s. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII S. 189—194, Busch das. XXXI S. 20—25, Vangerow I §. 389 Anm. 2 lit. b, Seuff. Arch. VII. 11; für diese Ansicht neuerdings wieder Dernburg II S. 380. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die Einrede wegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der Pfandsache bereits gehabt und zufällig wieder verloren habe; dagegen Löhr a. a. O. S. 5, dafür neuerdings Dernburg II S. 382. Gewiß fällt sie weg, wenn die Insolvenz des Hauptschuldners und des Bürgen notorisch, oder eine Klage gegen sie gar nicht begründet ist. Vgl. II §. 478 Num. 3. 4. Dernburg II S. 384. Seuff. Arch. XIII. 85, XXI. 110, XXIV. 221. Auch im Fall des Concurses des Hauptschuldners und des Bürgen fällt sie weg, obgleich dieß sehr bestritten ist. S. II §. 478 Num. 2 und die daselbst citirten Schriftsteller und Erkenntnisse, außerdem Seuff. Arch. XXI. 111, XXVI. 18. Ist der Schuldner oder dessen Bürge abwesend, so ist durch den Richter dem Pfandbesitzer eine Frist zu bestimmen, um denselben zu stellen, widrigenfalls die Klage gegen ihn ihren Fortgang hat, Nov. 4 c. 2; a. M. Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII S. 392—397, gegen denselben Löhr Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 3—5, Dernburg II S. 385. Ueber Anderes vgl. Knorr a. a. O. S. 194 fg., Seuffert §. 225 Note 1a, Dernburg II §. 144. Seuff. Arch. VII 12. 157. 278, XXIV. 222. 223.

[20] Auch dieß ist in der Nov. 4 c. 2 vorgeschrieben. Man spricht auch hier von einer exceptio excussionis personalis.

[21] S. g. exceptio excussionis realis. Vgl. darüber vor Allem den Aufsatz von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII. 1 (1834). Ferner: Hepp das. IX. 19, Zimmern Zeitschr. f. Civ. und Pr. I S. 47—49, Schröter das. I S. 327—336, Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 32 fg. 352 fg. Dernburg II §. 142. Glück XVIII S. 235 fg.; Brinz S. 341, Vangerow I §. 389 Anmerk. 2a.

[22] S. §. 121 Note 3. Zu weit geht Guyet Arch. f. civ. Pr. XVIII

müßte denn ein dahin zielendes Abkommen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein[24]. Auf ein solches Abkommen kann sich auch der dritte Besitzer, welcher sein Recht zu besitzen von dem Verpfänder herleitet, berufen[25].

f) Dem Pfandanspruch kann einredeweise, wie jedes andere dingliche Recht an der Sache, so auch ein Pfandrecht, vorgehendes oder nur gleiches, entgegengesetzt werden[26].

---

S. 368—372. Vgl. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 328—329, und s. noch §. 231 Note 1.

[23] L. 8 D. de distr. pign. 20. 5, l. 2 D. qui pot. 20. 4

[24] Dieses Abkommen ist nicht so zu denken, daß erst dann die besessene Sache verpfändet sein solle, wenn eine andere dem Gläubiger keine Befriedigung gewähren sollte; denn in diesem Falle (von welchem l. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt, vgl. darüber Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII S. 6 fg., Dernburg II S. 371) würde bis zur Erfüllung dieser Bedingung der Pfandanspruch an sich nicht begründet sein. Sondern es ist so zu denken, daß das Pfandrecht an den mehreren verpfändeten Sachen in einer gewissen Weise ausgeübt werden solle. Ein stillschweigendes Abkommen dieser letzteren Art kann namentlich liegen in der gleichzeitigen Verpfändung specieller Sachen und des gesammten Vermögens. Von diesem Falle handelt l. 2 C. de pign. 8. 14, und wohl auch l. 9 C. de distr. pign. 8. 28.

[25] L. 2 C. de pign. cit. Diese Stelle nennt nur den nachstehenden Pfandgläubiger; aber sie ist ein Rescript, und es ist nicht abzusehen, warum gerade dieser eine bevorzugte Stellung verdienen sollte. Andere, welche die Entscheidung dieser Stelle nicht, wie hier geschehen, auf einen stillschweigenden Vertrag zurückführen, sondern in derselben eine positive Verfügung erblicken (so auch neuerdings Dernburg a. a O.), wollen sie deßwegen auch nicht über den Pfandgläubiger, oder nicht über den Pfandgläuber und den Eigenthümer und dessen Rechtsnachfolger, hinaus erstreckt wissen — man müßte die Consequenz leugnen, selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wärr (§. 29 Note 3). Eine Singularität liegt in der Entscheidnng der Stelle auch nach der hier vertretenen Auffassung insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesammtnachfolger sind.

[26] L. 10 D. de pign. 20. 1, l. 12 pr. §. 7 D. qui pot. 20. 4. Es kann aber der Besitzer sich auf kein Pfandrecht aus der Person desjenigen, von welchem auch der Kläger sein Pfandrecht herleitet, berufen, wenn er das Eigenthum desselben bestritten hat und ihm dieses Eigenthum nachgewiesen worden ist; er muß die Sache herausgeben, und es bleibt ihm überlassen, wenn er sich ein besseres Pfandrecht zuschreibt, dasselbe klageweise zu verfolgen. Dieß sagt Nov. 18 c. 10 (sie sagt nicht bloß dieß [vgl. §. 197 Note 1], obgleich sie von Auth. *Item possessor* C. qui pot. 8. 18 nur in diesem Sinne verstanden worden ist). Nach dem heutigen Proceßrecht nimmt die Vorschrift der

g) Der Pfandanspruch verjährt gegen den Schuldner (Verpfänder) und dessen Erben, so wie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners (Verpfänders) erst in 40 Jahren[27].

## §. 236.

Der bisher betrachtete dingliche Pfandanspruch ist nicht der einzige Anspruch, mit welchem Herausgabe des Besitzes der Pfandsache verlangt werden kann. Der vertragsmäßige Pfandgläubiger hat gegenüber dem andern Contrahenten auch einen persönlichen Anspruch aus dem abgeschlossenen Vertrag[1], und der Pfandgläubiger, welcher einmal im Besitz gewesen ist, genießt im Falle des Verlustes des Besitzes den gleichen Schutz, wie der Besitzer in eigenem Namen[2].

Selbsthülfe ist beim Pfandrecht verboten, wie überall[3]. Es kann aber der Vermiether den Miether an der Wegbringung der in den gemietheten Raum eingebrachten Sachen verhindern[4], und bloß provisorischen Besitz, ohne daß damit die Frage nach seinem Rechte definitiv erledigt wäre, kann jeder Pfandgläubiger schon auf bloß summarische Cognition hin erlangen, wenigstens gegen den Verpfänder[5].

---

Novelle den Ausdruck an, daß der Beklagte nicht das Eigenthum des Rechtsurhebers des Klägers bestreiten und zu gleicher Zeit aus der Person desselben ein Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen dürfe. S. die citirte Note 1 zu §. 197.

[15] L. 7 pr. — §. 2 C. de praescr. XXX 7. 39. Unterholzner Verjährungslehre II S. 271—273, Arndts §. 390 Anm. 3, Dernburg II S. 604—606. Seuff. Arch. VI. 161.

§. 236. [1] L. 3. 22 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Diese Stellen handeln nur vom Faustpfandgläubiger. Aber ohne allen Zweifel liegt in jeder Pfandbestellung auch die Uebernahme der persönlichen Pflicht zu den dem Pfandrechte entsprechenden Leistungen, und nach heutigem Recht bedarf der obligatorische Vertrag zur vollen Wirksamkeit nicht mehr einer Form oder ihres Ersatzes. Dernburg I S. 167—169.

[2] S. §. 154 Note 3.

[3] Paul. sentent. II. 14 §. 5, l. 2 §. 18 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 3 C. de pign. 8. 14, vgl. l. 11 C. de pign. act. 4. 24. Dernburg II §. 134, vgl. auch §. 135.

[4] L. 9 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 33. 34 D. de damno inf. 39. 2. Nach Befriedigung des Vermiethers wird dem Miether gegen die Verhinderung desselben richterliche Hülfe gewährt (interdictum de migrando, Dig.

## 2. Recht des Verkaufes*.

### §. 237.

Dasjenige Recht, welches dem Gläubiger auf dem geradesten und sichersten Wege zu seiner Befriedigung verhilft, und welches

---

43. 32); ebenso in Betreff der Sachen, die gar nicht „pignoris nomine inducta sunt“ (l. 1 §. 5 D. tit. cit.). Vgl. Dernburg II §. 136; auch Schwarze und Heine Untersuchung praktisch wichtiger Materien S. 127 fg. Dernburg will das gleiche Recht auch dem Verpächter geben, auf Grund eines wie mir scheint unbegründeten Schlusses aus l. 5 C. in quib caus. pign. 8. 15.

[5] So hat die Praxis von jeher das römische interdictum Salvianum (Dig. 43. 33, Cod. 8. 9) verstanden; ob auch das römische Recht demselben nur provisorische Bedeutung zugeschrieben habe, ist bestritten, und muß dahin gestellt bleiben. Feststeht nur, daß für das Salvianum lediglich der Nachweis der Thatsache der Verpfändung (der Einbringung pignoris nomine?), nicht auch der Nachweis des Eigenthums des Verpfänders erforderlich war, Gai. IV. 147, §. 3 I. de interd. 4. 15, l. 1. 2 D. h. t. Ueberhaupt ist über das Salvianum viel Streit, so namentlich darüber, ob es nur dem Verpächter zustehe (für welchen es, wie die Serviana actio, ursprünglich eingeführt worden ist. Gai. IV. 147, §. 3 I. de interd. 4. 15), oder ob es in gleicher Weise wie die Serviana actio später eine Ausdehnung auf andere Pfandgläubiger erfahren habe? Die angeführten Stellen widersprechen der Ausdehnung doch nicht direct und für dieselbe sind Paul. sentent. V. 6 §. 16, l. 1 C. h. t. Eine andere viel verhandelte Frage ist die, ob das Salvianum nur gegen den Verpfänder gehe, oder auch gegen Dritte. Für Jenes l. 1 C. h. t., für Dieses l. 1 pr. §. 1 D. h. t. (Theoph. ad §. 3 I. de interd.). Wenn es nicht noch gelingt, einen Vereinigungsversuch zu finden, welcher mehr befriedigt, als die bisher aufgestellten (Dernburg II S. 344 will l. 1 C. cit. aus der Unterstellung einjähriger Verjährung des Interdicts in seiner Richtung gegen Dritte erklären, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 514 Note 147 nimmt an, daß die Verhaftung des Dritten auf den Fall des Erwerbs aus doloser Veräußerung beschränkt sei), so wird nichts übrig bleiben, als zu sagen, daß die genannten Stellen sich gegenseitig aufheben, und daß daher für die Geltung des Salvianum gegen dritte Personen kein Zeugniß vorliegt, — gegen den Verpfänder muß man es gewähren, wenn es überhaupt irgend welche Anwendung finden soll. — Literatur des Salvianum: Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 54—56 und Arch. f. civ. Pr. XI. 15 (1828), Thibaut das. XI. 7 (1828), Huschke Studien I. 4 (1830), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII S. 209—225. 237—245 (1846), Bachofen S. 12—17, Keller Rec. S. 966 —972. 977—981, Dernburg I S. 55—61. II S. 338—351; Fritz Er-

daher den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechts bildet, ist das Verkaufsrecht[1].

1. Die Voraussetzungen des Verkaufsrechts sind: a) Nichtbefriedigung des Gläubigers[2]; b) Fälligkeit der Schuld[3]; c) An-

---

läuterungen I S. 538 fg., Brinz S. 306—308. 333—334, Vangerow I §. 390 Anm.

[5] Dig. 20. 5 de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. 8. 28 de distractione pignorum. — Sintenis §. 54—57, Bachofen Nr. VI—VIII, Dernburg II S. 95—124. Glück XIX S. 382—409.

§. 237. [1] Nach früherem römischen Recht stand das Verkaufsrecht dem Pfandgläubiger nicht schon kraft der Verpfändung an sich, sondern nur kraft besonderer Einräumung zu. Aber schon zur Zeit des Ulpian war es geltendes Recht, daß die Verpfändung als solche das Verkaufsrecht gebe. Ja nach dem neuesten Rechte (Note 5) schließt selbst eine ausdrückliche Verabredung, daß nicht solle verkauft werden dürfen, als mit dem Verpfändungswillen in Widerspruch stehend, das Verkaufsrecht nicht mehr aus. Gai. II. 64, l. 8 §. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 73 D. de furtis 47. 2, l. 3 D. quae res pign. 20. 3, l. 4 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 §. 10 D. qui pot. 20. 4, l. 4 D. de pign. act. 13. 7. Ueber die Geschichte des Pfandverkaufs s. Bachofen Nr. VI, Dernburg I §. 8.

[2] Verweigert der Gläubiger die Annahme, so muß der Schuldner deponiren, l. 2 C. deb. vend. 8. 29, l. 8 C. h. t. L. 5 eod., welche bloß vom Anbieten spricht, setzt Deposition voraus. S. auch l. 19 C. de usur. 4. 32. Vgl. Fritz Erläuterungen I S. 464—466, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 3, Dernburg II S. 126—128. A. M. Mommsen Beiträge III S. 290. Die abweichende Meinung von Brinz S. 354. 355 kommt darauf hinaus, daß das bloße Anerbieten dem Gläubiger die Verkaufsbefugniß dann nehme, wenn derselbe das Anerbieten, ohne seine Richtigkeit oder Vollständigkeit zu prüfen oder zu bestreiten, einfach abgewiesen haben.

[3] L. 4 D. h. t., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Vgl. jedoch in Betreff dieser Stellen auch Dernburg II S. 121. — Bei einer in verschiedenen Terminen fälligen Forderung kann nach Fälligkeit des ersten Termines verkauft werden, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht ist. L. 8 §. 3 D. de pign. act. 13. 7; Dernburg II S. 119 fg. und die das. Citirten. — Daß der Schuldner auch in Verzug sein müsse, d. h. daß ihm aus der Nichtbefriedigung ein Vorwurf gemacht werden könne, wird in den Quellen nirgends verlangt. Vgl. über diese Frage Wening-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 354—359, Fritz Erläuter. I S. 459—464, Bachofen S. 640—647, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 3, welche Schriftsteller sämmtlich das Erforderniß des Verzugs bestreiten, und Müller civ. Abh. I S. 104—106, welcher dafür ist. Wenn sich jetzt auch Dernburg II S. 122 fg. für das Erforderniß des Verzugs ausspricht, so thut er das nur in dem Sinne, daß er die in der folgenden Note erwähnte Anzeige an den Schuldner für

zeige an den Schuldner, daß mit dem Verkaufe werde verfahren werden, wenn nicht Befriedigung erfolge[4]. Die Anzeige muß, wenn ausgemacht worden ist, daß nicht solle verkauft werden dürfen, dreimal wiederholt werden[5]; sie braucht gar nicht zu geschehen, wenn ein richterliches Urtheil vorliegt[7]. d) Ablauf von 2 Jahren nach der (letzten)[7] Anzeige bez. nach dem Urtheil[8]. — Der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen tritt 2 Monate nach der Pfändung ohne Weiteres ein[9].

2. Der Verkauf geschieht bei gerichtlich gepfändeten Sachen

---

nothwendig erklärt. (Verzug erfordert das HGB. Art. 310.) — Ebensowenig ist Liquidität der Forderung erforderlich, vgl. l. 1 pr. D. de litig. 44. 6, l. 1 C. eod. 8. 37, l. 2 C. debitorem vend. 8. 29. Doch wird das Verkaufsrecht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in gutem Glauben auf richterliche Entscheidung provocirt; in dieser Allgemeinheit scheint nämlich l. 5 C. de distr. pign. 8. 28 verstanden werden zu müssen, welcher Stelle freilich Andere anderen Sinn beilegen. Vgl. Müller civ. Abhandlung I S. 101—102, Fritz Erläut. I S. 456—459, Bachofen S. 647—649, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 2, Dernburg III S. 128—131.

[4] L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. 8. 34, vgl. l. 18 C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. Seuff. Arch. XVI. 16 (Dernburg II S. 124. 125).

[5] L. 4 D. de pign. act. 13. 7: — „ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, *nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit*". Es läßt sich die Vermuthung nicht unterdrücken, daß die herausgehobenen Worte erst den Compilatoren Justinian's angehören. Dafür spricht l. 5 eod., und daß Paulus sentent. II. 5 §. 1 dreimalige Anzeige schon in dem Falle für nothwendig erklärt, wenn nur die Verkaufsberedung nicht ausdrücklich hinzugefügt sei; ferner l. 7 C. de distr. pign. 8. 28. Vgl. Bachofen S. 176 fg., Brinz S. 353, Dernburg I S. 88 fg. — Welcher Zwischenraum muß zwischen den drei Anzeigen liegen? Man sagt: ein durch das Ermessen des Richters zu bestimmender; zehn Tage; so viel, daß daraus die Fruchtlosigkeit der Mahnung hervorgehe. S. Vangerow §. 379 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten, Bachofen S. 176 Note 3, Dernburg I S. 89.

[6] L. 3 §. 1 C. de iur. dom. imp. 8. 34.

[7] Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I S. 51—53. A. M. Fritz Erläuterungen I S. 467—470, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 4 a. E., Dernburg II S. 142.

[8] L. 3 §. 1 C. cit. Es kann aber dieses Erforderniß durch Vertrag erlassen werden, l. 3 §. 1 cit. Ueber die heutige Geltung desselben s. Glück XIX S. 389. 408, Sintenis (Pfandr.) S. 510 Note 1, Dernburg II S. 143. — HGB. Art. 310. 311.

[9] L. 31 D. de re iud. 42. 1.

durch den Richter auf dem Wege öffentlicher Versteigerung[10]. Abgesehen von diesem Fall erklärt das römische Recht öffentlichen Verkauf nur bei Verkäufen durch den Fiscus für nothwendig[11], während er nach der Regel der deutschen Particularrechte bei unbeweglichen Pfandsachen überhaupt eintritt[11a]. Der Gläubiger muß aber beim Verkaufe in guten Treuen verfahren und nach Kräften bestrebt sein, nicht bloß sein Interesse, sondern auch das Interesse des Eigenthümers, so weit dieß ohne Verletzung seines eigenen Interesses möglich ist, wahrzunehmen; sonst haftet er dem Eigenthümer auf Entschädigung[12]. Ist er insolvent und der Käufer hat sich an der Unredlichkeit betheiligt, so steht dem Eigenthümer ein Entschädigungsanspruch auch gegen diesen Letzteren zu[13]. Verkauf an sich selbst ist nichtig[14].

---

[10] L. 2 C. si in causa iud. 8. 23, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53. Vgl. Müller civ. Abh. I S. 122—131.

[11] L. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 1. 2. 4. 6 C. de fide et iure hastae 10. 3, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44. Marezoll Magazin f. Gesetzg. u. RW. IV S. 376 fg., Müller a. a. O S. 109, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 5, Dernburg II S. 138; a. M. Fritz Erläuter. I S. 470. Bei anderen Pfandverkäufen spricht das römische Recht von der öffentlichen Versteigerung (proscriptio) nur in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf überhaupt bemüht sein müsse, im Interesse des Eigenthümers einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen (Note 12), und in diesem Sinne scheint sie sogar die Regel gebildet zu haben. Vgl. l. 4 C. h. t., l. 15 §. 32 D. de iniur. 47. 10, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44 — mit l. 9 C. h. t., l. 4 C. si vend. pign. 8. 30. Daß sie später ganz außer Gebrauch gekommen sei, möchte man aus l. 3 pr. C. de iure dom. 8. 34 (von Justinian) entnehmen: — „pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus"; doch bezieht sich die hier erwähnte proscriptio nur auf die dominii impetratio. Dernburg II S. 141. 142.

[11a] Dernburg II S. 257 fg. nimmt dafür gemeinrechtliche Geltung in Anspruch; ebenso, obgleich unbestimmter, Sintenis Pfandrecht S. 535 fg. und gem. Civilrecht I §. 77 a. E.; anders Seuffert Pand. I §. 204 Note 3. Jedenfalls in dem älteren deutschen Rechte hat diese Ordnung des Verfahrens nach den Untersuchungen von Meibom (das deutsche Pfandrecht S. 115 fg. 346 fg. 432 fg. vgl. S. 92 fg.) keinen Anhalt. Vgl. noch Goldschmidt Handelsrecht I S. 920.

[12] L. 4. 7. 9. C. h. t., l. 1. 4 C. si vend. pign. 8. 30, l. 10 D. de in diem add. 18. 2, vgl. l. 3 §. 5 C. de iure dom. imp. 8. 34. Er steht nach der Regel des Pfandrechtes (vgl. 233c) für omnis culpa ein, l. 13 §. 1 l. 14 l. 22 §. 4 D. de pign. act. 13. 7.

3. Die Wirkung des Verkaufs ist, daß der Käufer — Besitzübergabe und Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt (§. 172 Note 19) — Eigenthümer wird[15]. Der Gläubiger überträgt ihm fremdes Eigenthum[16]; aber dazu ist er eben kraft seines Pfandrechts befugt[17]. Er überträgt ihm unwiderrufliches Eigenthum,

---

[13] L. 7 C. h. t., l. 1. 3. 4. 5 C. si vend. pign. 8. 30. Insolvenz des Verkäufers wird nur in l. 1 und 3 D. citt. verlangt, nicht aber in l. 4 C. cit. Bei der Bestimmtheit, mit welcher l. 3 cit. dieses Erforderniß hervorhebt, muß angenommen werden, daß es in l. 4 cit. vorausgesetzt werde. Müller a. a. O. S. 111, Sintenis Pfandrecht S. 515, Vangerow I §. 379 Anm. Nr. 6 (vgl. auch Fritz a. a. O. S. 476) wollen im Falle der Insolvenz des Verkäufers dem Eigenthümer einen Anspruch auch gegen den unschuldigen Käufer, auf Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises, einräumen, wegen l. 3 C. cit. Aber der Verkauf um zu geringen Preis, „per gratiam", wovon diese Stelle redet, ist doch wohl gedacht als erfolgt unter Betheiligung des Käufers an der Unredlichkeit. Dernburg II S. 152—155. — Welches aber ist die juristische Natur dieses Entschädigungsanspruches gegen den Käufer? Dernburg II S. 155 fg. erklärt sich, und wohl mit Recht, für die actio doli, so daß dann auch im Einzelnen die für diese Klage geltenden Grundsätze (II §. 451) anzuwenden sind.

[14] L. 10 C. h. t., Paul. sentent. II. 13 §. 4. Dernburg II S. 163—165. — Richtig ist natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch der Verkauf an den Eigenthümer, l. 39 D. de contr. emt. 18. 1, l. 40 pr. §. 1 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 160—163. — Der Verkauf an den Bürgen ist zwar nicht nichtig, aber der Bürge verfehlt sich gegen die dem Schuldner schuldige Treue, wenn er zum Nachtheil desselben kauft, so daß dem Schuldner das Einlösungsrecht bleibt, l. 1 C. de dolo malo 2. 21, l. 59 §. 1 D. mand. 17. 2. Uebrigens mischt sich beim Bürgen auch der Gesichtspunkt ein, daß möglicherweise seine Absicht nicht sowohl auf den Erwerb des Eigenthums, als auf den Erwerb des Pfandrechts gerichtet war, l. 2 l. 5 §. 1 D. h. t., l. 59 vgl. l. 36 D. de fidei. 46. 1, nach welchem Gesichtspunkt dem Eigenthümer auch dem kaufenden Nachpfandgläubiger gegenüber ein Einlösungsrecht bleibt. Vgl. §. 248 Note 27. Etwas anders Dernburg II S. 165—169.

[15] L. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 13. 15. 18 C. h. t. Dernburg II §. 110.

[16] Eine Consequenz daraus in l. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6.

[17] L. 46 D. de A. R. D. 41. 1. Will man diese Befugniß auf eine dem Gläubiger bei der Verpfändung ertheilte Vollmacht zurückführen (vgl. Gai. II. 64, §. 1 I. quib. alien. 2. 8) — was übrigens jedenfalls nur für die vertragsmäßigen Pfandrechte paßt — so muß man festhalten, daß diese Vollmacht eine dem Gläubiger in seinem eigenen Interesse ertheilte und unwiderrufliche ist (vgl. l. 6 pr. l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 D. h. t.

wenn nicht etwa beim Verkaufe ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten worden ist[18]. Er überträgt ihm das Eigenthum so, wie es zur Zeit der Begründung des Pfandrechts war, unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten[19]. — Verpflichtet ist der Gläubiger dem Käufer nach den Regeln des Kaufvertrages zum Verschaffen der Sache (II §. 389); wenn er aber als Nichtbesitzer verkauft und der Käufer dieß gewußt hat, nur zur Abtretung seines Pfandanspruchs[20]. Ferner braucht der Gläubiger dem Käufer nur für die Wahrheit der Thatsache, auf welche er sein Pfandrecht zurückführt, und dafür einzustehen, daß nicht ein Anderer ein besseres Pfandrecht hat[21], nicht aber für das Recht des Verpfänders[22].

---

20. 5, l. 7 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9). In l. 29 D. fam. erc. 10. 2 (vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3) wird der procurator mit dem Pfandgläubiger nur in einer ganz besonderen Beziehung verglichen. S. über diese Stelle die in §. 233a Note 1 a. E. Citirten und über das Ganze Bachofen Nr. VII, Dernburg II S. 108—113. Seuff. Arch. XXII. 220.

[18] L. 2 C. si antiquior cred. 8 20, l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. §. 1 D. h. t.

[19] Namentlich also unbeschränkt durch später begründete Pfandrechte. L. 1 C. si antiquior cred. 8. 20, l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 pr. D. h. t. Was Dienstbarkeiten angeht, s. Dernburg II S. 148 fg. Seuff. Arch. VI. 16. Vgl. noch das. XIV. 214.

[20] L. 13 D. h. t. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem". Mit Unrecht stellen Bachofen S. 561 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 228 fg. die Verpflichtung des Pfandgläubigers schlechthin auf Abtretung seines Pfandanspruchs. Dernburg II §. 105.

[21] L. 1 C. credit. evict. 8. 46. Dabei wird aber natürlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei dem Verkauf erklärt habe, daß er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, und die gleiche Voraussetzung gilt für den sogleich folgenden Satz. Vgl. l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2.

[22] Das hat nicht bloß den Sinn, daß der Gläubiger im Falle der Eviction keinen Schadensersatz zu leisten hat, sondern auch den, daß er in diesem Falle selbst den Kaufpreis nicht zurückzuerstatten braucht: er ist nur zur Abtretung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Verpfänder verpflichtet. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 10 D. h. t., l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1, l. 39 D. de evict. 21. 2. Ist noch besonders ausgemacht worden, daß der Gläubiger nicht für Eviction einzustehen habe, so kann er sogar den Kaufpreis trotz derselben eintreiben, l. 68 pr. D. de evict. 21. 2 (anders versteht diese Stelle Dernburg II S. 189). Uebrigens wird der Pfandgläubiger

4. An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Uebergabe von Seiten des Käufers Eigenthum[22a], und kann denselben zu seiner Befriedigung verwenden[23]. So weit der Kaufpreis zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, dauert sein Forderungsrecht fort[24], den Ueberschuß muß er dem Eigenthümer bez. den nachstehenden Pfandgläubigern herausgeben[25].

---

nicht leicht einen Käufer finden, wenn er nicht die Verpflichtungen, welche ihm gesetzlich nicht obliegen, freiwillig übernimmt. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 22 §. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 59 §. 4 D. mand. 17. 1. Daß er für seine Arglist haftet, versteht sich von selbst, l. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. überhaupt Bachofen S. 560—569, Dernburg II §. 109. Seuff. Arch. VI. 22, VIII. 28. — Nach Analogie des Gesagten darf der Pfandgläubiger auch nicht für Mängel der Sache, die ihm verborgen geblieben sind, haftbar gemacht werden. Dernburg II §. 170. — Der Käufer hat einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, welcher demselben zu Gute gekommen ist, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2. Bachofen S. 582—586, Dernburg II §. 109. Vgl. II §. 422 Note 4. d.

[22a] Nicht bloß Pfandrecht. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 40 fg. Ist der Verkauf ein gerichtlicher, so ist der Richter als Stellvertreter des Gläubigers in der Besitz- und Eigenthumsübertragung anzusehen. Seuff. Arch. II. 355. Blätter f. RAnwend. XXXIV S. 83 fg. A. M. Pfaff pignus irregulare (§. 226[a] Note 2) S. 23 fg., welcher den Eigenthümer der Pfandsache, und Exner a. a. O. S. 44 fg., welcher das Gericht Eigenthümer des Kaufpreises werden läßt.

[23] L. 26. 44 D. de sol. 46. 3, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.; l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 96 §. 3 l. 101 §. 1 eod., l. 73 eod.; l. 23 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 205 fg. 211 fg. Ist ausgemacht worden, daß der Pfandgläubiger nur einen Theil des Kaufpreises sich solle aneignen dürfen (§. 226[a] Note 3), so behält es natürlich bei dieser Bestimmung sein Bewenden. Eine solche Bestimmmung kann auch in der Weise getroffen werden, daß der Eigenthümer mit einer gewissen Summe vorgehen solle. Vgl. Bremer Hypothek und Grundschuld S. 39 fg.

[24] L. 9 §. 1 D. l. 3 C. h. t., l. 28 D. de R. C. 12. 1, l. 8 C. si cert. pet. 4. 2, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Dernburg II S. 205.

[25] L. 24 §. 2 l. 42 D. de pign. act. 12. 7, l. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. Dernburg II §. 114; speciell über den Anspruch des nachstehenden Pfandgläubigers auf den Ueberschuß Bachofen S. 491—493, Brinz S. 358, Dernburg II S. 487—489. Seuff. Arch. XVIII. 216, vgl. XXII. 220.

## §. 238.

Der Gläubiger braucht von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch zu machen, wenn er nicht will; er darf aber nicht dem Eigenthümer, welcher seinerseits verkaufen will, den Verkauf unmöglich machen, und muß daher, wenn er im Besitze der Sache ist, demselben die Sache zu diesem Zwecke gegen Caution herausgeben[1]. Auf seine Forderung behalten darf der Gläubiger die Sache nur dann, wenn der Eigenthümer ihm dieß gestattet[2]; eine im Voraus für den Fall der Nichtzahlung der Schuld zur Verfallzeit gegebene Gestattung ist nichtig[3].

Findet sich für das Pfand kein Käufer[4], so kann der Gläu-

---

§. 238. [1] L. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[2] L. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 44 D. de solut. 46. 3, l. 13 C. de pign. 8. 14, vgl. l. 1 C. de pact. pign. 8. 35.

[3] Die Quellen sagen: es sei beim Pfande die lex commissoria verboten. Das Verbot rührt erst von Constantin her, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, vgl. c. 7 X. de pign. 3. 21, R. P. O. 1577 Tit. XX §. 5. Das Verbot erfordert nicht nothwendig, daß die Gestattung gerade bei der Verpfändung gemacht worden sei. Seuff. Arch. XIX. 217. Eine im Voraus getroffene Verabredung, daß bei Nichtzahlung der Schuld das Pfand dem Gläubiger um einen dann durch Schätzung zu bestimmenden Preis verkauft sein solle, fällt nicht unter den Begriff der lex commissoria, l. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 12. Das hier mitgetheilte Urtheil nimmt ferner an, daß auch der Verkauf um einen im Voraus bestimmten Preis nicht gegen das gesetzliche Verbot verstoße, wenn dieser Preis ein angemessener (den Werth erreichender oder übersteigender) sei. Noch weiter geht Dernburg II S. 282 fg.; derselbe hält den Verkauf im Voraus ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Preises aufrecht, s. übrigens auch dens. S. 285 Nr. 1 und Vangerow I §. 383 Anm. Nr. 2. Ueber l. 81 pr. D. de contr. emt. 18. 1 s. Vangerow a. a. O. Nr. 3. Nach dem Urtheil bei Seuff. VIII. 237 soll der Richter das Verbot sogar ex officio berücksichtigen müssen. In Betreff des Falls eidlicher Bestätigung s. §. 83a, Dernburg II S. 285 fg. und die das. Citirten. Holzschuher II §. 126 Nr. 2. Eine ungemein ausführliche „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte" gibt Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXIV S. 1—38. 312—388. XXV S. 60—114. 226—255. 420—439 (1841. 1842). Vgl. ferner Glück XIV S. 85 fg., Bachofen S. 617—623, Vangerow I §. 383 Anm., Dernburg II §. 122—124, Römer Leistung an Zahlungsstatt S. 151—155 (1866).

[4] Vgl. zum Folgenden, in Betreff dessen keineswegs vollständige Meinungsübereinstimmung herrscht, Glück XIX S. 403 fg., Müller civ. Abhandlungen I Nr. 3 §. 9—12. 18, Fritz Erläuter. I S. 479—490, Sin-

biger sich dasselbe zu Eigenthum zuschlagen lassen, wobei ihm der wahre Werth der Sache angerechnet wird, dem Eigenthümer jedoch zwei Jahre lang ein Einlösungsrecht bleibt. Der Zuschlag muß nach römischem Rechte vom Kaiser erwirkt werden; heutzutage erfolgt er durch das zuständige Gericht[5]. Bei richterlich gepfändeten Sachen fällt das Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers[6], andererseits aber auch jede Nachforderung des Gläubigers im Falle des Minderwerths der Sache weg[7].

tenis Pfandr. §. 56, Bachofen S. 624—627, Vangerow I §. 381 Anm., Dernburg II §. 118. 119 a. E, Wächter das schwebende Eigenthum S. 24—34, Köppen Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 73 fg.

[5] Der Zuschlag des Pfandes durch den Kaiser galt schon im früheren Recht (l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 3 D. de reb. eor. 27. 9, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1. 2 C. de iure dom. imp. 8. 34, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23); neu geordnet worden ist er von Justinian in l. 3 C. de iure dom. imp. 8. 34. Durch diese Verordnung hat Justinian an die Stelle des früheren einjährigen Einlösungsrechts ein zweijähriges gesetzt, und außerdem vorgeschrieben, daß dem Zuschlag eine neue Zahlungsaufforderung vorhergehen müsse, entweder durch den Gläubiger, oder, bei Abwesenheit des Schuldners, durch das Gericht unter Stellung einer Frist. Der wahre Werth der Sache soll bestimmt werden entweder durch gerichtliche (nicht nothwendig vorhergehende) Schätzung, oder aber durch einen etwaigen späteren Verkauf des Gläubigers; jedoch soll in letzterem Falle der Gläubiger auf Verlangen die eidliche Versicherung abgeben müssen, daß er die Sache um keinen höheren Preis hätte verkaufen können. Ist der Werth der Sache höher, als der Betrag der Forderung, so entsteht Miteigenthum, aber mit gegenseitigem Auskaufsrechte.

[6] Justinian's Verordnung bezieht sich nur auf den Fall „si quis rem creditori suo pignoraverit" (§. 1 der cit. l. 3), und die Stellen der Compilation, welche von dem Zuschlag gepfändeter Sachen reden (l. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1, l. 3 C. de exsec. rei iud. 7. 53, vgl. übrigens auch l. 2 C. si in causa iud. 8. 23), gestatten ein Wiedereinlösungsrecht nicht. Daß nach diesen Stellen der Zuschlag durch den Richter erfolgen kann (übrigens wird auch ein Zuschlag durch den Kaiser erwähnt, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23), ist heutzutage nichts Besonderes mehr.

[7] L. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1. Daß der Gläubiger auch Anspruch auf den Mehrwerth der Sache habe, scheint mir in dieser Stelle nicht gesagt zu sein.

## B. An unkörperlichen Sachen.

### §. 239.

Ueber den Inhalt des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen ist im Allgemeinen bereits oben (§. 227) gehandelt worden. An diesem Orte ist folgendes Nähere zu bemerken.

1. Das Pfandrecht[1] am Nießbrauch, an der Emphyteusis und an der Superficies gibt die Befugniß, durch Geltendmachung der diesen Rechten entsprechenden Ansprüche sich in den Besitz des Rechts zu setzen, bez. sich im Besitz desselben zu erhalten[2]; ferner die Befugniß, je nach der Natur des Rechts, das Recht selbst oder dessen Ausübung zu veräußern[3]. Auf den Ertrag dieser

---

§. 239. [1] Die hierher gehörige Literatur s. §. 227 Note 3. 5. 7. 9.

[2] L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. Diese Stelle (§. 205 Note 4) spricht freilich nur von dem Falle, wo das verpfändete Recht (Nießbrauch) zum Faustpfande gegeben worden ist, und nicht von der Erlangung des Besitzes, sondern nur von der Erhaltung desselben durch Einrede. Aber jedenfalls gibt sie dem Pfandgläubiger die Befugniß, sich auf die Verpfändung nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch Dritten gegenüber zu berufen, d. h. also, nicht bloß die durch die Pfandeinräumung von dem Verpfänder eingegangene obligatorische Verpflichtung, sondern auch das verpfändete Recht selbst geltend zu machen. Es ist nicht abzusehen, warum diese Befugniß gerade in der Verpfändung zu Faustpfand ihren Grund haben, oder warum sie nicht in gleicher Weise für den Weg der Klage, wie für den der Einrede gelten sollte. Ueberdieß ist, was hier gefolgert wird, für die Superficies ausdrücklich anerkannt. L. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1. „Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita, deinde amissa sit". Die Behauptung Bremer's (§. 227 Note 7) S. 124 fg. vgl. S. 105, daß sowohl in dieser Stelle, als in der zuvor genannten, nur possessorischer Schutz (nur Schutz des Besitzes im Falle des pignus im engeren Sinn?) anerkannt sei, ist ohne allen Grund, und in Betreff der l. 13 §. 3 cit. schwer zu begreifen. — Man hat (in Betreff der Dienstbarkeiten) gefragt, ob die actio des Pfandgläubigers eine actio confessoria sei, oder eine actio hypothecaria (s. Dernburg I S. 487). Man wird sich für das Erstere entscheiden müssen; es ist das verpfändete Recht, welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete Recht macht er kraft eigenen Rechts, kraft des Pfandrechts, geltend (er hat eine actio suo, nicht procuratorio nomine), daher auch gegen den Verpfänder selbst. Vgl. §. 205 Note 4.

[3] Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Begriff des Pfandrechts.

Rechte — die Früchte der Sache — erstreckt sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Grundsätzen[4]. — Derjenige, welchem ein noch nicht bestehendes Recht an fremder Sache verpfändet worden ist, kann durch Verkauf dieses Recht begründen; außerdem kann er durch Geltendmachung seines Pfandrechts sich den dem Rechte entsprechenden Besitz verschaffen[5]. In Betreff der Früchte gilt das Gleiche, was so eben bemerkt wurde[6].

2. An Forderungsrechten[7] ist zwar, da der ihnen entsprechende factische Zustand kein dauernder ist, kein Besitz, wohl

---

[4] Vgl. l. 15 pr. D. de pign. 20. 1. Dernburg I S. 487 glaubt, der Pfandgläubiger, welchem der Besitz des Rechts eingeräumt worden sei, werde Eigenthümer der Früchte. Aus der Verpfändung als solcher folgt dieß gewiß nicht; es gehört dazu ein besonderer Vertrag.

[5] Vgl. §. 227 Note 9—11 und Text dazu. Daselbst ist bereits bemerkt worden, daß in diesem Falle der wirkliche Gegenstand des Pfandrechts nicht das Recht an der Sache, sondern die Sache selbst bildet, und so wird dieser Fall hier nur der Uebersichtlichkeit wegen noch einmal erwähnt. Weil die Sache selbst den Gegenstand des Pfandrechts bildet, muß hier auch die actio des Pfandgläubigers als actio hypothecaria bezeichnet werden; der Pfandgläubiger macht eine zwar durch den Verpfändungswillen beschränkte, aber doch immerhin eine Macht direct über die Sache, nicht eine Macht über ein Recht an der Sache geltend (s. Note 11 a. a. O.). Die Verkaufsbefugniß hebt hier ausdrücklich hervor l. 12 D. de pign. 20. 1.

[6] L. 15 pr. D. de pign. 20. 1.

[7] Besondere Abhandlungen über das Pfandrecht an Forderungsrechten sind: Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts (1812). Pfeiffer praktische Ausführ. I. 1 mit Nachtrag VII. 1 (1825. 1844). Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 fg. (1834). Sintenis pfandrechtliche Streitfragen Abh. 1 (1835). Eberhard die Verpfändung von Forderungen (1869). Stöcker Arch. f. prakt. RW. N. F. VII S. 335—387 (1870). Ferner handeln von diesem Gegenstand die Preisschrift von Huschke (de pignore nominis, 1820), die Inauguraldissertationen von Gaupp (de nominis pignore, 1820) und Spiegel (de iuris pignoris . . natura, 1869) und die Habilitationsschrift von Buchka (de pignore nominis, 1848). S. außerdem Mühlenbruch Cession S. 519—530, Schmid Grundlehren der Cession I S. 114—140 (1863), R. Sohm die Lehre vom subpignus S. 42—52 (1864), F. P. Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 207—215 und an den andern das. citirten Stellen (1867), Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 133—173 (1873); Sintenis Pfandrecht §. 22, Dernburg I §. 60; Vangerow I §. 368 Anm. 1.

aber insofern etwas dem Besitze Entsprechendes möglich, als auch hier eine Verhinderung des Gläubigers an der eigenen Geltendmachung des verpfändeten Rechts denkbar ist. Diese Verhinderung kann auf doppeltem Wege erfolgen, durch Vorenthaltung der Beweisdocumente, und durch Anzeige an den Schuldner, nach welcher derselbe sich nicht mehr durch Leistung an seinen Gläubiger oder sonstige Verhandlung mit demselben befreien kann. Auf Herausgabe der Beweisdocumente, wenn sie von dem Schuldner nicht freiwillig faustpfandweise übergeben worden sind, hat der Pfandgläubiger einen Anspruch nicht[7a]; die Anzeige an den Schuldner dagegen ist eine durch die Verpfändung als solche gewährte Befugniß[8]. Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so hat er die Wahl, ob er die Forderung zum Verkauf bringen[9], oder ob er sie selbst eintreiben will[10]. In letzterem Falle kann er das

[7a] Auf Herausgabe der Beweisdocumente hat der Pfandgläubiger nur insofern einen Anspruch, als ihm dieselben zum Zweck der Einziehung der Forderung (Note 10) nöthig sind. Arg. l. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

[8] L. 4 C. quae res pign. 8. 17. Vgl. Mühlenbruch S. 526, Dernburg S. 464—465, Schmid S. 135—138. Seuff. Arch. II. 279, XI. 216, XXIII. 114.

[9] Dernburg I S. 469—470. Uebrigens ist das Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers nicht unbestritten, und namentlich Exner a. a. O. S. 164 fg. will ihm dasselbe nur kraft besonderer (ausdrücklicher oder stillschweigender) Verleihung gewähren. Eberhard a. a. O. S. 29 fg. gesteht es ihm zwar kraft der Verpfändung zu, aber nur als subsidiäres, für den Fall wo er nicht kraft des ius exigendi ohne Schwierigkeit Befriedigung erlangen könne. Es ist zuzugeben, daß es mit dem Quellenbeweis für dieses Verkaufsrecht schwach steht. Man beruft sich für dasselbe auf l. 15 §. 10 D. de re iud. 42. 1 und l. 7 C. de H. v. A. V. 4. 39. Aber die erste Stelle bezieht sich nur auf das Executionspfand. In der zweiten wird zwar nach der gewöhnlichen Lesart das Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers, wenn auch nicht bezeugt, doch als selbstverständlich vorausgesetzt; aber nach der jetzt von P. Krüger krit. VJSchr. XVI S. 115 fg. aus den besten Handschriften mitgetheilten Lesart (hinter visum est einzuschieben ut) spricht die Stelle von dem Verkaufe durch den Pfandgläubiger überhaupt nicht. Von der andern Seite dagegen leuchtet es nicht ein, warum, wenn nach gesetzlicher Annahme bei körperlichen Sachen der Verpfändungswille die Verleihung des Verkaufsrechtes in sich trägt, es hier anders sein sollte. Jene Annahme beruht nicht auf der Natur der körperlichen Sache, sondern auf der Natur des Pfandrechts, und muß daher überall Platz greifen, wo die Natur des Pfandgegenstandes kein Hinderniß in den Weg legt. Vgl. Note 3.

[10] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 D. de pign. 20. 1, l 7 C.

eingezogene Geld zu seiner Befriedigung verwenden[11]; geht das Forderungsrecht auf einen andern Gegenstand als Geld, so hat

---

de H. v. A. V. 4. 39. Seuff. Arch. VIII. 18. Exner S. 133 fg. 147 fg. leugnet auch von diesem Recht, daß es mit dem Pfandrecht von selbst gegeben sei; nach der Ansicht dieses Schriftstellers ist der wirkliche Gegenstand des pignus nominis nicht die Forderung, sondern der sachliche Inhalt derselben, das gemäß der Forderung zu Leistende. Vgl. Note 12. — Man streitet darüber, ob die actio des Pfandgläubigers die actio hypothecaria oder die actio in personam aus dem Forderungsrecht sei; Letzteres ist die herrschende Meinung, Ersteres hat nach dem Vorgang Aelterer in neuerer Zeit wieder Trotsche a. a. O. S. 76 fg. vertheidigt. Offenbar muß man sich für die actio in personam entscheiden; der Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechtes geltend, aber es ist nicht sein Pfandrecht unmittelbar, welches er geltend macht. Von der andern Seite ist es irreführend, auf die Forderungs verpfändung den Begriff der Cession anzuwenden, wie man das in verschiedenen Wendungen versucht hat; man spricht von einer bedingten oder eventuellen Cession (so namentlich Mühlenbruch a. a. O., Puchta §. 208) oder von einer beschränkten Cession (Dernburg, Eberhard und Exner a. a. OO.). Denn die Cession ist darauf gerichtet, das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger abzulösen und auf einen neuen Gläubiger zu übertragen, während durch die Forderungsverpfändung in das Forderungsrecht ein anderer Berechtigter mit einer durch den Zweck des Pfandrechts bestimmten Rechtsstellung aufgenommen wird (§. 227 Note 7 g. E.). Wenn man die Forderungsverpfändung unter den Cessionsbegriff stellt, so macht man sich entweder unnöthige Schwierigkeiten, indem man die durch die Natur des Pfandverhältnisses ausgeschlossenen Consequenzen des Cessionsbegriffs erst wieder entfernen muß, oder man läuft Gefahr, gegen die Natur des Pfandverhältnisses solche Consequenzen zuzulassen. So ist alles Ernstes gefragt worden, ob die verpfändete Forderung noch weiter cedirt werden könne, und man hat die gewiß irrigen Sätze aufgestellt, daß die Priorität zwischen mehreren Forderungspfandgläubigern sich nach der Denuntiation, nicht nach Pfandrechtsgrundsätzen, bestimme, und daß dem Forderungspfandgläubiger im Concurse ein Seperationsrecht zustehe. Gegen die Hereinziehung des Cessionsbegriffs haben sich in der neueren Zeit ausgesprochen: Schmid, Vangerow, Sohm, Bremer und Stöcker a. a. OO., Pfaff pignus irregulare S. 44, Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrecht S. 41 fg. S. auch den Aufsatz in den Bl. f. RAnwend. XXXII S. 97 fg. 113 fg. Seuff. Arch. XV. 6 (der Verpfänder behält die Paulianische Klage). Vgl. auch XXVI. 112. — Steht dem Schuldner in der verpfändeten Forderung die exc. excussionis zu? Dernburg S. 465 Note 12, Schmid S. 140, Bremer S. 214, Eberhard S. 35, Stöcker S. 377. Kann der Pfandgläubiger, statt die Forderung einzutreiben, sie in anderer Weise vernichten, z. B. durch Novation, Erlaß? Ohne Zweifel; nur daß er sich den Betrag derselben anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen. Vgl. mit

er an demselben ein Pfandrecht[12]. — Ist der Pfandgläubiger selbst Schuldner in der verpfändeten Forderung[12a], so steht ihm gegen die Klage des Gläubigers eine Einrede, aber auch die Befugniß zu, in Ausübung seines Pfandrechts die Forderung desselben direct aufzuheben[12b].

3. Das Pfandrecht an einem Pfandrechte[13] gibt die Befug-

---

Vangerow §. 368 Anm. 1 a. E. Dernburg S. 468, Schmid S. 139, Bremer S. 213.

[11] L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 4 C. quae res. pign. 8. 17. Geht die Forderung auf Mehr, so kann er nur so viel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, l. 4 C. cit. Vgl. Schmid S. 133, Bremer S. 215, Eberhard S. 35.

[12] L. 18 pr. cit., l. 13 §. 2 cit. Wenn dieß darauf zurückgeführt wird (vgl. namentlich Dernburg S. 468, Eberhard S. 14. 34, Exner S. 133 fg.), daß in jeder Verpfändung der Forderung eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende Verpfändung liege, so ist zu bemerken, daß mit dieser Auffassung dem gesetzlichen Forderungspfandrecht nicht Genüge geleistet wird. Für das gesetzliche Forderungspfandrecht jedenfalls wird man sagen müssen, daß dasselbe nach Rechtssatz auch das kraft der Forderung Geleistete erfasse: und warum soll dieser Rechtssatz nicht auch für das vertragsmäßige und richterliche Pfandrecht gelten? Vgl. auch Bremer S. 173—175. Daß Exner den Leistungsgegenstand als den einzigen Gegenstand des Forderungspfandrechts ansieht, ist Note 10 bereits bemerkt worden. Im Wesentlichen der gleichen Ansicht ist Eberhard a. a. O. — Gegen die Ansicht, daß der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen Schuldobject nur ein Retentionsrecht habe, s. Vangerow a. a. O. Nr. 2, Dernburg S. 467, Eberhard S. 33. — Wie ist es, wenn der Schuldner selbst die Forderung eintreibt? Es ist kein Grund vorhanden, weßwegen nicht auch in diesem Falle das Eingetriebene dem Forderungspfandgläubiger verpfändet sein sollte; jedoch bildet, wenn das Eingetriebene Geld ist, die Unverfolgbarkeit des Geldes, welche regelmäßig stattfinden wird, ein Hinderniß. Vgl. Dernburg S. 468, Bremer S. 161. 169, Exner S. 139, und unten Note 16.

[12a] Die Quellen sprechen von diesem Fall nicht. Aber man nehme an, der Pfandgläubiger beerbe den Schuldner in der verpfändeten Forderung oder umgekehrt. Vgl. §. 226a Note 2.

[12b] In dieser Weise scheint mir der dem Pfandrecht innewohnende Gedanke nach der Besonderheit des vorliegenden Verhältnisses am Einfachsten und Natürlichsten realisirt zu werden. Die Auffassungen sind übrigens sehr verschieden. Vgl. Dernburg I S. 474, Bremer das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 156 fg., Pfaff pignus irregulare S. 35 fg., Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 176 fg.

[13] Das Pfandrecht am Pfandrecht, das s. g. Afterpfandrecht oder subpignus, hat eine sehr reiche Literatur. Von besonderen Bearbeitungen ist

niß, das verpfändete Pfandrecht[14] statt des Pfandgläubigers, welchem dasselbe zusteht, auszuüben — also statt dieses Pfand=

---

namentlich zu nennen die gute Schrift von R. Sohm, die Lehre vom subpignus (1864); dazu die Recensionen von Bekker krit. VJSchr. VI S. 473 fg. und Regelsberger Schletter's Jahrb. XI S. 3 fg. S. außerdem: Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII S. 350 fg. XV S. 86 fg. (1830. 1832), Löhr das. XIV S. 162—164 (1831), Gersterding Ausbeute von Nachforschungen IV Abth. 1 S. 199 fg. (1832), Trotsche Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 2 fg. (1834), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 99 fg. und dazu Nachtrag in der 2. Ausg. S. 436 fg. S. 472 fg. (1834. 1847), Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche S. 72 fg. (1835), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 33 fg. (1835), Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 221 fg. (1845); ferner in den in Note 6 citirten Abhandlungen von Huschke, Gaupp und Buchka cap. 2 §. 3, p. 40 sqq., p. 24 sqq.; sodann Mühlenbruch Cession S. 336 fg., Schmid Grundlehren der Cession I S. 140 fg., F. P. Bremer das Pfandrecht und das Pfandobject S. 215—218 und an den andern das. citirten Stellen, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 79 fg.; endlich Sintenis (Pfandrecht) §. 23, Dernburg I §. 61, Brinz S. 323 fg., Vangerow I §. 368 Anm. 2.

[14] Nach der Meinung Vieler (s. Vangerow a. a. O. und die dort und bei Sohm S. 60 Genannten) ist der Gegenstand des Afterpfandrechts nicht sowohl das Pfandrecht, als die verpfändete Sache selbst. Dafür spricht die Ausdrucksweise der Quellen (l. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 1. 2 C. si pignus pignori 8. 24). Von der anderen Seite liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger von der Sache nicht Mehr zur Sicherheit stellen kann, als er selbst hat, und da er an derselben nur ein Pfandrecht hat, so kann er an ihr eben auch nur ein Pfandrecht zur Sicherheit stellen. Insofern freilich der Afterpfandgläubiger dieses Pfandrecht statt des verpfändeten Pfandgläubigers geltend macht, macht er ein Pfandrecht an der Sache selbst geltend, und insofern kann und muß man allerdings sagen, daß er mittelbar ein Recht auch an der Sache selbst habe. S. auch Sohm S. 57 fg., Bremer S. 41 fg. 216. Wenn Brinz a. a. O. das Verhältniß so auffaßt, daß das Pfandrecht dem Pfandgläubiger unter Anderem auch die Macht gebe, ein Pfandrecht an der Sache zu begründen, so ist zu fragen, ob das im Begriffe des Pfandrechts liege? Im Begriffe des Pfandrechts liegt es, daß es dem Gläubiger so viel Macht gibt, als ihm nothwendig ist, damit er Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung habe; aber es liegt nicht im Begriffe des Pfandrechts, daß es dem Gläubiger die Macht gibt, den Pfandgegenstand als Sicherungsmittel für eine Schuld zu verwenden, die er selbst hat. Als Sicherungsmittel für eine Schuld, die er hat, kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandrecht selbst verwenden, indem er nämlich die Realisirung desselben abtritt; er gibt zur Sicherheit seine Sicherheit. Brinz betont mit Huschke, daß der Afterpfandgläubiger kein Recht gewinne, das Pfandrecht des Verpfänders, sondern nur ein Recht, die ver-

gläubigers unter den Bedingungen, unter welchen dieser selbst berechtigt ist, die verpfändete Sache abzufordern und sie zum Verkauf zu bringen[15]. Da aber das Pfandrecht nichts ist, als ein Mittel, zur Befriedigung der Forderung zu gelangen, welche es versichert, so darf der Afterpfandgläubiger, auch ohne zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts zu schreiten, die Leistung aus dieser Forderung annehmen, und steht dann zu dem Geleisteten in demselben Rechtsverhältniß, wie der Forderungspfandgläubiger[16].

---

pfändete Sache zu verkaufen; geht denn der Begriff des Pfandrechts im weiteren Sinne im Verkaufsrechte auf? S. §. 227, und vgl. in Betreff der hier verhandelten Frage noch Sohm S. 57 fg., Schmid S. 141 fg., Bremer S. 41 fg. 216, Dernburg S. 476—478, Arndts §. 367 Anm. 3.

[15] L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1. 2 C. si pignus pign. 8. 24, l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7.

[16] L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem". Eine unendlich viel besprochene Stelle, über deren Erklärung die Meinungen noch immer sehr auseinander gehen! Vgl. darüber Vangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Sohm S. 106 fg., Bremer S. 221 fg., Exner S. 82 Note 161, Hofmann Jahrb. f. Dogm. X S. 382 fg. Ich verstehe die Leistung, von welcher im Anfang der Stelle die Rede ist („quodsi dominus solverit pecuniam"), von einer Leistung an den ersten Pfandgläubiger, die utilis actio, von welcher sodann gesprochen wird, von einer utilis hypothecaria actio (diejenigen, welche annehmen, die Stelle rede von einer Leistung an den zweiten Pfandgläubiger, verstehen unter der utilis actio die dem ersten Pfandgläubiger zustehende actio pignoraticia in personam directa), endlich den Schluß der Stelle so, daß durch denselben auf die vorher aufgeworfene Frage indirect geantwortet wird — indirect in doppelter Beziehung, einmal weil in der Entscheidung des Pomponius nicht von einem Pfandrecht an einem Pfandrecht, sondern von einem Pfandrecht an einer Forderung die Rede ist, sodann deßwegen, weil in dieser Entscheidung Leistung nicht an den ersten, sodann an den zweiten Gläubiger angenommen wird. Das Letztere beweisen die Worte „creditorem secum pensaturum", ein Ausdruck, welcher doch nicht von einer directen Befriedigung durch Empfang des

## IV. Mehrheit der Pfandrechte.

### A. Rechtsverhältniß*.

### §. 240.

**Das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit der Pfandrechte an demselben Gegenstand stattfindet, kann in verschiedener Weise gestaltet sein[1].**

**1. Der Pfandgegenstand ist für die mehreren Pfandrechte**

---

Geschuldeten gebraucht werden kann (vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7). Wie man übrigens auch über diesen Punkt denken mag, jedenfalls sagt die Stelle, daß der Afterpfandgläubiger an den auf Grund der Pfandforderung eingetriebenen Sachen, welche nicht Geld sind, ein Pfandrecht habe (was das Geld angeht, so läßt unsere Erklärung sie sagen, daß der eintreibende Afterpfandgläubiger es auf seine Forderung behalten könne, die andere, daß es dem eintreibenden ersten Gläubiger bleibe, unverpfändet, nämlich wegen seiner Unverfolgbarkeit). — Hieran hat sich nun eine fernere sehr lebhafte Controverse angeknüpft, indem nämlich die angegebene Entscheidung von Vielen darauf zurückgeführt wird, daß das Pfandrecht am Pfandrecht auch die versicherte Forderung ergreife, während Andere dieselbe gar nicht, oder nur durch das Pfandrecht hindurch, soweit sie von demselben untrennbar ist, haften lassen; s. darüber Vangerow a. a. O., Dernburg S. 478 fg., Schmid S. 145 fg., Sohm S. 66 fg., Bremer S. 221, und die von diesen Schriftstellern Citirten, neuestens Bekker krit. VJSchr. XV S. 539. Ich halte die zuletzt bezeichnete Meinung, nämlich daß die Forderung durch das Pfandrecht hindurch hafte, für richtig (so auch Exner S. 80 fg.). Weniger anzunehmen, erlaubt l. 13 §. 2 cit. nicht; aber diese Stelle gebietet auch nicht, Mehr anzunehmen. Näher also so: der Afterpfandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandrecht versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein anderes Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts. Deßwegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien, wie denn dieses Mittel in den Quellen nirgends erwähnt wird (vgl. namentlich l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44. 3). Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandrechte.

* v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV. 7 (1831). Vangerow I S. 871—873 (7. Ausg.). Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 14. Dernburg II §. 149. Goldschmidt Handelsr. II S. 957 fg.

[1] Nicht hierher gehört der Fall der Afterverpfändung. Die beiden bei derselben stattfindenden Pfandrechte haben nicht denselben Gegenstand. §. 240.

ideell getheilt, jedes Pfandrecht bezieht sich auf einen besonderen Bruchtheil des Pfandgegenstandes[2]. In diesem Fall ist eine Collision der mehreren Pfandrechte nicht möglich.

2. Der Pfandgegenstand ist, wie körperlich, so auch ideell ungetheilt. Dabei sind Verschiedenheiten möglich.

a) Jedes Pfandrecht steht dem andern gleich. Während dann jeder Pfandgläubiger Dritten gegenüber in derselben rechtlichen Lage ist, als wäre er alleiniger Pfandgläubiger, entscheidet zwischen den Pfandgläubigern selbst der Besitz[3]; es müßte denn ein Gemeinschaftsverhältniß oder ein anderweitiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen, kraft dessen Theilung des Erlöses gefordert werden kann[4].

b) Das eine Pfandrecht steht dem andern nach. Dieß ist der gewöhnliche und bei Weitem wichtigste Fall; von ihm ist näher zu handeln.

## §. 241*.

Wenn mehrere dem Range nach verschiedene Pfandrechte an dem nämlichen Pfandgegenstand stattfinden, so kommt der Vermögenswerth des Pfandgegenstandes in erster Linie dem im Rang vorgehenden Pfandgläubiger, dem im Range nachstehenden nur der Ueberschuß zu Gute[1]. Hat der vorgehende Pfandgläu-

---

[2] Der Bruchtheil kann geradezu bezeichnet sein ($^1/_2$, $^1/_3$ 2c.), oder durch das Verhältniß der Forderungen. L. 20 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, L 10 i. f. D. de pign. 20. 1, l. 16 §. 8 eod. Vgl. Dernburg II S. 408.

[3] L. 10 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. qui pot. 20. 4.

[4] Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist der, wo der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterlassen hat. L. 1 C. si ex plur. 8. 32. Vgl. Dernburg II S. 39 fg. — Dieser Schriftsteller erklärt sich (das. S. 409) wohl mit Recht gegen die Auffassung, als sei das Verhältniß auch so denkbar, daß die mehreren Pfandrechte zwar Dritten gegenüber jedes die ganze Sache ergriffen, dagegen im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander Theilung gölte; ein Verhältniß, für welches auch l. 16 §. 8 D. de pign. 20. 1 nicht beweist.

* Bachofen Nr. XVI, Dernburg II §. 159. 160.

§. 241. [1] L. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. qui pot. 8. 18. — Frage: kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer andern ihm verpfändeten Sache suche? Antwort: nein; es müßte denn dem vorgehenden Pfandgläubiger eine Chicane zur Last fallen, oder er müßte eine dahin gehende Verpflichtung übernommen haben. S. §. 235 Num. 5 lit. e und die dort Citirten. Anders, wenn es zum Concurse gekommen

biger verkauft, so hat der nachstehende kein anderes Recht, als von demselben Herausgabe Dessen zu verlangen, was dieser über den Betrag seiner Forderung hinaus erlöst hat[2]. Deßwegen ist aber das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht

---

ist. Im Concurse hört die Willkür der einzelnen Gläubiger auf, und es wird die Masse zwischen allen vertheilt, wie es objectiv gerecht ist. Gerecht ist es aber nicht, daß durch die Befriedigung eines Gläubigers der Eine mehr Schaden erleide, als der Andere. (Wird der Gläubiger aus dem einen Pfandgegenstand befriedigt, so erleiden Schaden die auf denselben angewiesenen Nachpfandgläubiger; wird er aus dem andern befriedigt, so erleiden Schaden die Chirographargläubiger, bez., wenn auch dieser Gegenstand weiter verpfändet ist, die auf ihn angewiesenen Nachpfandgläubiger.) Der vorgehende Pfandgläubiger wird daher aus jedem einzelnen der mehreren Pfänder, welche ihm zustehen, nach Verhältniß des Werthes derselben befriedigt (nach einer andern Meinung aus jedem zu gleichen Theilen, so jedoch, daß ihm, was das eine Pfand von dem auf dasselbe fallenden Theil nicht zu leisten vermag, aus dem andern zugelegt wird). Dabei ist aber zu bemerken: wenn dem Doppelpfandgläubiger andere Pfandgläubiger vorgehen, so ist in Anschlag zu bringen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern dasjenige, was von demselben auf den Doppelpfandgläubiger nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger fällt; es ist aber andererseits der auf ihn fallende Werthbetrag ganz in Anschlag zu bringen, und nicht etwa, wenn derselbe seine Forderung übersteigt, nur bis zum Belange seiner Forderung. Den letzteren Fehler machte Guyet (Arch. f. civ. Pr. XVIII. 14), welchem übrigens das Verdienst gebührt, diese praktisch wichtige Frage zuerst angeregt zu haben (1835). Seitdem hat dieselbe eine ganze Literatur erhalten; s. Arnold prakt. Erörterungen Nr. 9 (1845), de Fontenay Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 6 (1854), H. Dürrschmidt die Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte, mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung (Augsburg 1856; darüber Dahn krit. Ueberschau IV S. 292—296), Simon Arch. f. civ. Pr. XLI. 12 (1858), Brackenhöft das. XLIII. 11 (1860), H. Luden das. LIII. 1 (1870), de Fontenay das. LIII. 15 (1870); Sintenis Pfandr. S. 472—481, Dernburg II S. 485—487; Vangerow I §. 389 Anm. 2 lit. a (S. 889 der 7. Ausg.), Seuffert Pandektenr. 4. Aufl. §. 303 Note 13, und die Ausführung in Seuff. Arch. VIII. 107.

[2] L. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. S. die Citate §. 237 Note 25. — Da, wenn der vorgehende Pfandgläubiger zur Perception gelangt, der nachstehende nur den Ueberschuß erhält, so liegt es nahe, die Verpfändung im Ausdruck sogleich auf diesen Ueberschuß zu stellen, ohne daß aus diesem Ausdruck mit Nothwendigkeit geschlossen werden dürfte, daß der Verpfändungswille nicht auf die Verpfändung des ganzen Werths an zweiter Stelle gehe. L. 96 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 15 §. 2 D de pign. 20. 1.

weniger ein sofort existirendes[3], und nicht weniger ein juristisch volles Pfandrecht. Dasselbe gewährt alle Befugnisse, welche in dem Pfandrechte enthalten sind, und findet seine Grenze eben nur in dem besseren Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. So kann der nachstehende Pfandgläubiger die Sache von jedem Dritten abfordern, und unterliegt nur im Streit mit dem vorgehenden[4]. Er kann ferner verkaufen; freilich ohne bleibende Wirkung, da der vorgehende Pfandgläubiger dem Käufer die Pfandsache wieder nimmt[5]. Da der nachstehende Pfandgläubiger in dieser Weise

[3] Man hat wohl, entweder bloß für das ältere römische Recht, oder auch für das Justinianische, das Gegentheil angenommen, und dem nachstehenden Pfandgläubiger nur ein bedingtes Pfandrecht zugeschrieben, namentlich wegen der Stellen (l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1 C. qui pot. 8. 18), in welchen es heißt, daß durch Befriedigung des ersten Pfandgläubigers das Pfandrecht des nachstehenden „confirmatur". Aber dieser Ausdruck will nichts sagen, als daß erst durch Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers das nachstehende Pfandrecht zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelange. Was l. 12 §. 9 D. eod. angeht: „et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat", so bekommen diese Worte ihren wahren Sinn durch den Zusammenhang der Stelle. Danach wollen sie nur sagen, daß der zweite Pfandgläubiger kein anderes Mittel als das bezeichnete habe, um zu verhindern, daß der dritte Pfandgläubiger sich an die Stelle des ersten setze. Ueber l. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1 s. die vorige Note. Vgl. Vangerow I §. 388 Anm., Bachofen S. 487; Dernburg II S. 480—482.

[4] L. 12 pr. §. 7 D. qui pot. 20. 4.

[5] In diesem Sinne heißt es von dem nachstehenden Pfandgläubiger „nullo iure vendidit", l. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (vgl. l. 5 pr. eod.), und daß er erst durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers die „distrahendi potestas" erlange (l. 8 C. qui pot. 8. 18). Wenn diese Stellen in keiner Weise gegen das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers beweisen, so liegt der positive Beweis für dasselbe in der ganzen Structur des nachstehenden Pfandrechts als eines in sich vollkommenen und nur dem vorgehenden Pfandrecht weichenden Rechts. Nicht zutreffend ist die Berufung auf l. 15 §. 5 D. de re iud. 42. 1, welche nur von dem richterlichen Executionspfand handelt; s. auch l. 22 §. 1 D. de I. F. 49. 14. Für das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers haben sich ausgesprochen Bopp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 12 (1830) und Arch. f. civ. Pr. XV. 17 (1832, das. S. 353 auch eine Uebersicht der älteren Literatur), Bachofen S. 485—490, Vangerow I §. 388 Anm.; gegen dasselbe v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV S. 170 fg. (1831), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 122 fg. und Pfandr. S. 663 fg., Fritz Erläuterungen I S. 531 fg., Dernburg II

im Resultate doch nur erhält, was durch den Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers Mehr, als dessen Forderung beträgt, erlöst wird, so ist es für ihn von großem Werth, daß er in der Ausbezahlung des vorgehenden ein Mittel besitzt, durch dessen Anwendung er sich selbst an dessen Stelle setzen und sich so die Möglichkeit verschaffen kann, den Verkauf in einer seinen Interessen entsprechenden Weise vorzunehmen. Das Nähere hierüber ist bereits oben (§. 233b Num. 4) vorgetragen worden. — Fällt das vorgehende Pfandrecht weg, so rückt das nachstehende an dessen Stelle[6], es müßte denn das nachstehende Pfandrecht durch besondere Bestimmung auf den Ueberschuß beschränkt worden sein[7].

## B. Rang der Pfandrechte*.

### 1. Zeitverhältniß**.

§. 242.

Der Rang der mehreren an dem gleichen Gegenstand statt-

---

S. 482 fg. Ein Verkaufsrecht nach modernem Hypothekenrecht nimmt an Simon Arch. f. civ. Pr. XLI S. 50—53. S. auch Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 185. — Eine andere Frage ist es übrigens, ob der nachstehende Pfandgläubiger unter allen Umständen verkaufen darf. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß in dem Verkaufe einer beweglichen Sache eine Verbringung der Sache liegen kann, welche unter die Kategorieen des dolus und des furtum fällt. L. 1 D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. §. 235 Note 5.

[6] L. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4.

[7] In diesem Fall kann der Pfandgläubiger zwar mit bleibender Wirkung verkaufen, muß aber einen Betrag, welcher dem Betrag der durch das erloschene Pfandrecht versicherten Forderung gleich ist, dem Eigenthümer herausgeben. Vgl. §. 237 Note 23. Der Eigenthümer kann für diesen Betrag auch ein neues Pfandrecht mit dem Rang des erloschenen bestellen. Vgl. §. 242 Note 1. Die Beschränkung des nachstehenden Pfandrechts auf den Ueberschuß versteht sich nicht von selbst; sie ergiebt sich nicht einmal ohne Weiteres daraus, daß die zweite Verpfändung im Wortlaut auf den Ueberschuß gestellt worden ist. S. oben Note 2. — Das Princip des Nachrückens des dem Range nach schlechteren Pfandrechts an die Stelle des getilgten dem Range nach besseren erkennt auch das moderne Hypothekenrecht an, nur daß nach demselben die Hypothek nicht als getilgt gilt, bis sie im Hypothekenbuch gelöscht ist, und es daher nahe liegt, bis dahin dem Eigenthümer eine Disposition über dieselbe zu gestatten. Vgl. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 §. 62—64. Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrecht S. 54 fg.

findenden Pfandrechte bestimmt sich der Regel nach durch ihr Zeitverhältniß[1]. Ausnahmen von dieser Regel werden durch den Vorzug der öffentlichen und der privilegirten Pfandrechte begründet (§. 245. 246).

Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniß[2] ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung[3]. Ein Pfandrecht hat

* Dig. 20. 4 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8. 18 qui potiores in pignore habeantur.

** Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat (1827); dazu Zimmern in Schunck's Jahrb. II S. 246 fg. und Mayer in Tüb. krit. Zeitschr. II S. 71 fg. Hepp Arch. f. civ. Pr. X. 12 (1827). Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859), und dazu Fitting krit. VJSchr. I S. 71 fg. Dernburg II §. 150. I §. 68—71. Glück XIX S. 319 fg.

§. 242. [1] L. 4 C. h. t.: — „sicut prior es tempore, ita potior es iure“. L. 2 eod.: — „cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenit tempore“. Bei der Bestimmung des Zeitverhältnisses wird der Tag als untheilbares Ganze gerechnet. L. 16 §. 8 D. de pign. 20. 1, vgl. l. 8 D. de feriis 2. 12. Harmenopulos Prompt. III. 5 §. 36: — *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν*“. Regelsberger §. 35 Note c. A. M. Dernburg II S. 410. Arndts §. 383 Anm. 3 a. E. — Ist es zulässig, bei der Bestellung eines Pfandrechts einem später zu bestellenden den Vorrang vorzubehalten? Dagegen Dernburg II S. 414 fg., dafür Bremer Hypothek und Grundschuld S. 39 fg., v. Bar Arch. f. civ. Pr. LIII S. 373 fg., welche letztere Schriftsteller aber in der Begründung von einander abweichen. Ich bin ebenfalls für die Zulässigkeit, in folgender Auffassung: kann von einer Bedingung die Existenz eines Pfandrechts, so kann von einer Bedingung auch sein Inhalt, das Maß der durch dasselbe gewährten rechtlichen Macht, abhängig gemacht werden; die Bedingung ist hier die Bestellung oder Nichtbestellung eines andern Pfandrechts.

[2] Das Folgende gilt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das Hypothekensystem particularrechtlich eingeführt ist. Wo dieß der Fall ist, hat kein Pfandrecht Rang von einer früheren Zeit, als der seiner Eintragung. Nicht so unbedingt ist auch der positive Satz wahr, daß jedes Pfandrecht Rang von der Zeit seiner Eintragung habe; wie z. B. wenn ein Pfandrecht für ein künftig zu nehmendes Darlehn eingetragen wird (Note 6). Gewöhnlich wird dieses Letztere nicht beachtet. Vgl. Regelsberger §. 40—43 und das Urtheil bei Seuff. VI. 318.

[3] Anders die herrschende Meinung. Gegen dieselbe ist die genannte Schrift von Regelsberger gerichtet, deren Grundauffassung auch von Fitting a. a. O. gebilligt worden ist, während sich gegen dieselbe ausgesprochen haben: Dernburg I S. 518 Anm. 2, Sintenis I §. 74 Note 1, Vangerow I

Rang ganz gewiß von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann auch sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigenthümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sätze.

1. Das unter einer Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht datirt von der Zeit der Bestellung[4].

2. Ebenso das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte Pfandrecht[5].

---

§. 369 Anm. 1 · Nr. 1 a. E. S. außerdem aus der Zeit vorher: Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 20, Scheurl krit. Ueberschau V S. 31 (vgl. aber auch krit. VJSchr. II S. 501, Beiträge II. 2 S. 219), Brinz S. 342; aus der Zeit nachher: Jhering Jahrb. f. Dogm. X S. 482 fg., Köppen das. XI S. 177 Note 83. S. 203 Note 44, Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 100 fg. 120 fg.

[4] Denn in beiden Fällen ist der Verpfänder gebunden, d. h. er hat nicht mehr die Macht, das in Aussicht gestellte Pfandrecht nicht entstehen zu machen, oder anders entstehen zu machen, als wie er es in Aussicht gestellt hat, d. h. als Pfandrecht an einer mit den später entstandenen Pfandrechten noch nicht belasteten Sache. S. §. 89 Note 3. 4, §. 96 Note 5 a. E. Daß das unter einer Befristung bestellte Pfandrecht später bestellten Pfandrechten vorgeht, sagt ausdrücklich l. 12 §. 2 D. h. t. — Die herrschende Meinung (übereinstimmend in dieser Beziehung Regelsberger S. 118. 119) erklärt diese Sätze, was die bedingte Verpfändung angeht, aus der Rückziehung der Bedingung (§. 91), was die befristete angeht, daraus, daß das unter einer Befristung verliehene Recht an und für sich sofort existire (§. 96). Demgemäß muß sie in Betreff der befristeten Verpfändung die, ganz gewiß unrichtige, Ausnahme hinzufügen, daß die Zeit der Bestellung dann nicht entscheidend sei, wenn die Parteien wirklich Existenz des Pfandrechts erst von der bezeichneten Zeit an gewollt hätten (s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 173, Regelsberger S. 119).

[5] L. 9 pr. §. 1. 2 l. 11 §. 1 l. 18 D. h. t. Die Verpfändung bindet in demselben Maße wie die Forderung, für welche sie gemacht wird. L. 9 pr. D. cit.: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit: debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut

3. Dagegen datirt das für eine bloß zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist[6], wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der Parteien dahin ging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann anzunehmen,

---

invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam". Auch hier hilft sich die herrschende Meinung mit der Rückziehung der erfüllten Bedingung (wobei sie übrigens mit l. 9 §. 2 D. h. t. in einen bösen Conflict kommt, indem nämlich ziemlich allgemein angenommen wird, daß bei bedingten Vermächtnissen die Rückziehung wegfalle, vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 40 fg., Scheurl krit. VJSchr. II S. 501 und Beiträge II. 2 S. 219, Regelsberger S. 18. 19, Eisele Arch. f. civ. Pr. L S. 307, Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 177. 203) und mit dem Satze, daß die Befristung nur die Geltendmachung, nicht die Existenz des Rechts aufschiebe. So auch Regelsberger §. 16. 20. Dernburg (I §. 69) nimmt für den Fall der bedingten Forderung Existenz des Pfandrechts vor der Forderung an (vgl. 225 Note 7), Wendt die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft S. 26. 69 sofortige Existenz der bedingten Forderung (s. §. 89 Note 13a.) Vgl. noch Seuff. Arch. XXIII. 19. — Der Schuldner ist deßwegen nicht weniger gebunden, weil er durch eine Willenserklärung dem wirklichen Existentwerden der Verbindlichkeit entgehen kann, wie z. B. bei dem auf Kündigung gestellten Miethvertrag, beim Mandat (vgl. §. 225 Note 6 und Regelsberger §. 9. 10). Dagegen ist, wenn die Bedingung der Forderung auf den nackten Willen des zu Verpflichtenden gestellt ist, eine obligatorische Gebundenheit gar nicht vorhanden, und demgemäß auch keine Pfandgebundenheit (§. 93). Von diesem Falle ist zu verstehen l. 9 §. 1 h. t. (§. 89 Note 15).

[6] Ueber den Begriff der bloß zukünftigen Forderung, der zukünftigen Forderung im technischen Sinn, im Gegensatz zu der bedingten und befristeten, s. §. 225 Note 6. Es wird unter einer solchen Forderung verstanden eine Forderung, zu der auch nicht einmal der Grund gelegt ist, so daß der Schuldner noch vollkommen ungebunden ist, von welcher Art z. B. die Forderung aus einem verabredeten Darlehn ist. Eben deßwegen, weil hier keine obligatorische Gebundenheit stattfindet, wird auch durch die Verpfändung keine Gebundenheit erzeugt, und datirt daher das für eine solche Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent wird, nicht von der Zeit der Bestellung. L. 11 pr. l. 1 §. 1 D. h. t., l. 4 D. quae res pign. 20. 3 (vgl. l. 30 D. de R. C. 12 1). Regelsberger §. 12, Dernburg I S. 528—530; Seuff. Arch. I. 410. — Ich habe früher angenommen, daß die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei (Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 56—58). Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandrechts zu seiner Forderung, auf der Annahme, daß die Forderung, etwas zu dem Pfandrecht äußerlich Hinzutretendes sei,

wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte[7], sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen[8];

---

während sie etwas durch seinen Begriff Gegebenes ist. Vgl. §. 89 Note 15, §. 225 Note 7.

[7] Beispiele: Jemand verpflichtet sich, einem Andern ein Darlehn, oder Darlehen bis zu einer gewissen Summe, zu geben (Creditvertrag); Jemand verbürgt sich für die von einem Andern zu contrahirenden Schulden. Vgl. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV S. 61.

[8] Von welcher Zeit an das Pfandrecht für eine zukünftige Forderung in dem im Tet genannten Fall zu datiren sei, ist eine höchst bestrittene und höchst häkeliche Frage. Vgl., auch was die frühere Literatur angeht, Vangerow I §. 372 Anm. 3, Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. 3 (1852); aus der neuern Zeit Arndts §. 384 Note 6, Regelsberger §. 13—14 und dazu Fitting a. a. O. S. 84. 85, Dernburg I S. 530—537 und dazu Scheurl krit. VJSchr. II S. 503—504, Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 458 fg., Köppen das. XI S. 257 fg., Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 103 fg. Diese neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Fitting und Scheurl, für die im Text behauptete Ausnahme erklärt, Arndts und Regelsberger mit Berufung auf die Billigkeit, Dernburg nach seiner Auffassung von der Möglichkeit des Bestehens eines Pfandrechts vor der Forderung (§. 225 Note 7), indem er näher auszuführen sucht, daß eben mit Rücksicht auf die Gebundenheit des zukünftigen Gläubigers die sofortige Existenz des Pfandrechts als präsumtiv gewollt anzunehmen sei, Ihering und Köppen mit Berufung darauf, daß das Obligationsverhältniß bereits „in Bildung begriffen" sei; über Exner s. unten. Ich glaube, daß in der Dernburg'schen Auffassung ein wahrer Kern liegt, welchen ich ausdrücke, wie im Text geschehen, und demgemäß nehme ich die früher (a. a. O.) von mir vertretene Meinung zurück. Es ist zwar vollkommen wahr, daß die Verpfändung für eine zukünftige Forderung keine Verpfändung unter einer Bedingung ist, sondern die Verleihung einer Macht, welche die zukünftige Forderung zur begriffsmäßigen Voraussetzung hat, und daß daher im Zweifel angenommen werden muß, daß der Verpfänder sich durch die Verleihung dieser Macht in keiner andern Weise habe binden wollen, als er obligatorisch gebunden war. Aber wenn nachweislich seine Intention wirklich darauf ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden; soll man dann seinem Willen alle Wirkung versagen, oder soll man ihm nur obligatorische Wirkung beilegen? Das Erstere wird Niemand wollen; das Letztere ist die eigentliche Frage. Ich sehe nun in der That keinen Grund, dieselbe zu bejahen; wenn die Willenserklärung bindet, und bei der Verleihung eines dinglichen Rechts dinglich bindet, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande, warum soll nicht auch diejenige in gleicher Weise zu binden im Stande sein, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. aus dem Begriff des hervorzubringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst als nothwendig ergebenden Umstande (einer s. g. condicio iuris)? Bejaht man aber diese

ebenso wenn die Verpfändung für die künftige Schuld eines Dritten geschieht[8a].

4. Wenn bei der Verpfändung der Gegenstand des Pfandrechts noch nicht sogleich bezeichnet wird, so ist auch dieß an und für sich kein Hinderniß, daß nicht das durch die hinterherige Bezeichnung des Gegenstandes wirklich entstehende Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung datirt werde. Anders nur, wenn der Verpfänder die Bezeichnung des Gegenstandes sich in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in Betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren[9].

---

letztere Frage (übereinstimmend Exner a. a. O., vgl. im Allgemeinen Exner das. S. 100; Ihering Jahrb. f. Dogm. X S. 470. 473, Köppen das. XI S. 163 unt. aber auch S. 219 unt. 256), so hat man Friede mit l. 1 pr. D. h. t., einer Stelle, gegen welche die entgegengesetzte Ansicht nur Nothbehelfe hat (s. darüber Windscheid a. a. O. S. 69 fg., Regelsberger S. 39. 40, Dernburg S. 531—533), und Hülfe für die armen Creditypotheken, welche nun schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen. Vgl. Windscheid S. 61 fg., Dernburg I §. 71, Endemann Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 210—112, Goldschmidt Handelsrecht I §. 87 Note 6; Seuff. Arch. XIII. 113. 132. 238, XXII. 121, XXV. 261, XXVII. 11. Budde u. Schmidt Entscheid. des OAG. zu Rostock VI. 77.

[8a] Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 237.

[9] In diesem Sinne ist zu verstehen l. 11 §. 2 D. h. t. „Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est; quod posterius factum est". Anders also nicht bloß dann, wenn die Bezeichnung der Sache, an welcher das Pfandrecht entstehen soll, dem Willen des Verpfänders ganz entzogen ist, sondern auch dann, wenn trotz der Freiheit, welche derselbe sich vorbehalten hat, seine Intention darauf ging, daß er in Betreff seiner sämmtlichen möglicherweise zu bezeichnenden Sachen sofort gebunden sein wolle. Vgl. Regelsberger §. 27, Dernburg I S. 193. 194; ungenügend Windscheid Arch. f. civ Pr. XXXV S. 55. — Wenn allgemein die Verpfändung der inducta et illata als Verpfändung unter einer Bedingung gefaßt wird, so ist doch zu beachten, daß es sich hier nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine s. g. condicio iuris handelt. — Wie ist es, wenn die inducta et illata Mehreren hinter einander verpfändet werden? Auch in diesem Fall geht das erstbestellte Pfandrecht dem zweitbestellten nicht vor, eben weil der Pfandbesteller noch nicht gebunden sein wollte. A. M. Köppen Jahrb. f. Dogm. XI S. 262, mit Berufung auf die rückwirkende

5. Pfandrechte, welche an einer Sache bestellt werden, die gegenwärtig noch nicht im Eigenthum des Verpfänders steht, oder gegenwärtig noch gar nicht existirt, haben Rang unter einander nicht von der Zeit an, wo sie durch den Erwerb oder die Entstehung der Sache zur Existenz gelangt sind, so daß sie sich gleich stünden, sondern von der Zeit der Bestellung an, so daß das früher bestellte dem später bestellten vorgeht[10].

Kraft, welche er auch der condicio iuris zuschreibt. Die gleiche Entscheidung gibt Köppen (S. 256) für den Fall, wo Mehreren zu verschiedenen Zeiten für ein zu nehmendes Darlehn verpfändet wird (Note 6), wenn die Darlehen gleichzeitig gegeben werden.

[10] Das römische Recht nimmt an, daß auch durch eine solche Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintrete. Freilich ist der hier aufgestellte Satz äußerst bestritten, und namentlich in seiner Anwendung auf die s. g. Generalhypothek, d. h. die Verpfändung des gesammten künftigen Erwerbes, wo der hier betrachtete Fall sich mit dem Fall unter Num. 4 mischt, bildet er noch immer den Gegenstand der lebhaftesten theoretischen Controverse, während die Praxis von jeher an dem Vorzug des früher bestellten Pfandrechts festgehalten hat (vgl. Regelsberger §. 22a Note a, Holzschuher II §. 125 Nr. 3. b, und Seuff. Arch. XI. 19, XIX. 219). Für mich ist entscheidend Folgendes. Pfandrechte, welche Jemand an einer fremden Sache ohne Hinweis auf sein Nichteigenthum, also als an einer eigenen, bestellt, haben Rang nach l. 9 §. 3 D. h. t. (vgl. auch l. 14 eod.) unbezweifelbar nach der Zeit ihrer Bestellung. Eine solche Pfandbestellung nun ist ungültig, und convalescirt selbst durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht geradezu, sondern nur auf einem Umwege (§. 230 Note 8): wenn dennoch Pfandgebundenheit angenommen wird, darf sie geleugnet werden bei einer Verpfändung, welche mit Hinweis auf den künftigen Erwerb der verpfändeten Sache, also gültig, gemacht wird? Diesem Argumente gegenüber muß sich, wie mir scheint, beugen sowohl l. 7 §. 1 D. h. t., wo die Annahme gleichzeitiger Verpfändung immer möglich bleibt, als l. 28 D. de I. F. 49. 14, welche für die entgegengesetzte Meinung doch nur indirect beweist, und überdieß in ihrer Lesart bestritten ist. Kein Argument für die hier vertretene Meinung liefert meiner Ansicht nach l. 21 pr. D. h. t., welche Fitting für die eigentliche Beweisstelle hält, kein entscheidendes l. 3 §. 1 eod., in welcher Dernburg ein „völlig bestimmtes Zeugniß" sieht, — dagegen ein nicht leicht zu beseitigendes noch l. 7 pr. C. h. t. und l. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9. Ueber die Literatur s. die Nachweisungen bei Glück XVIII S. 214 fg., Schmidt (von Dresden) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII S. 368, Vangerow I §. 369 Anm. 1, Arndts §. 384 Note 8, Regelsberger §. 22a, und außerdem Regelsberger selbst §. 22—34 und dazu Fitting Rec. S. 87—92, Dernburg I §. 29. 30 und dazu Scheurl Rec. S. 450—452. Diese zuletzt genannten neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Scheurl,

## §. 243.

Der im Vorstehenden entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise, wie für vertragsmäßig bestellte, so auch für letztwillig hinterlassene und für richterliche Pfandrechte. Es ist aber in Beziehung auf diese beiden letzteren Klassen der Pfandrechte noch näher anzugeben, welche Thatsachen die der vertragsmäßigen Bestellung entsprechenden, also den Grund für das Pfandrecht legenden, sind. Bei dem letztwillig hinterlassenen Pfandrechte kommt die grundlegende Willenserklärung zur Vollendung durch den Tod des Erblassers[1]. Für das von dem Richter im Theilungsproceß zuerkannte Pfandrecht ist die grundlegende Thatsache das rechtskräftige Theilungsurtheil[2], für das Executionspfandrecht die Pfändung[3], für das auf der Besitzeinweisung beruhende Pfandrecht die wirkliche Erlangung des Besitzes[4]. Werden jedoch mehrere Personen

---

sämmtlich für die hier vertheidigte Meinung erklärt; für dieselbe sind ferner Brinz S. 299 fg., Arndts a. a. O. — gegen dieselbe Puchta §. 210. g (Vorles. I Beil. XIX), Vangerow I §. 369 Anm. 1, Sintenis I §. 74 Note 12, Keller §. 194 a. E. — Was die l. 7 §. 1 D. h. t. angeht, so hat Schmidt (von Dresden) a. a. O. nachzuweisen gesucht, daß diese Stelle nicht nur nicht gegen die hier vertheidigte Meinung spreche, sondern sogar für dieselbe: er hat damit Brinz und Regelsberger überzeugt, und auf Vangerow wenigstens Eindruck gemacht. So weit ich sehe, beruht die Schmidt'sche Argumentation ganz auf der Annahme, daß im pr. der Stelle unter „antiquior creditor" ein Gläubiger verstanden werde, dessen Pfandrecht zuerst entstanden sei, während doch dieser Ausdruck hier, wie sonst, denjenigen bezeichnet, dem zuerst verpfändet worden ist. Auch in der Wendung, welche Regelsberger dem Schmidt'schen Argument gegeben hat, halte ich dasselbe für in keiner Weise entscheidend. Gegen Schmidt s. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX. 13. Eine andere und besondere Meinung über l. 7 §. 1 cit. bei Fitting a. a. O. S. 88—90. — In Betreff der res debita vgl. noch Vangerow I §. 372 Anm. 2. b in der 7. Aufl.

§. 243. [1] Das letztwillig hinterlassene Pfandrecht entsteht erst mit dem Antritt der Erbschaft. Uebrigens ist es hier praktisch gleichgültig, ob man das Pfandrecht von seiner Grundlegung datirt, oder von seiner Entstehung. Denn die Frage kann nur die sein, wie sich das Pfandrecht zu den von dem Erben an der Erbschaftssache im Voraus eingeräumten Pfandrechten verhält, und diesen geht es jedenfalls und ganz unabhängig von seinem Datum vor, da der Erbe die Sache nur als pfandbeschwerte erwirbt. Vgl. Regelsberger S. 111, Dernburg I S. 289—291, Scheurl Rec. S. 456.

[2] Das rechtskräftige Theilungsurtheil; aber das Pfandrecht datirt

aus dem nämlichen Grunde eingewiesen, so begründet die frühere Erlangung des Besitzes zwischen ihnen keinen Vorzug[5].

## §. 244.

Auch für das Datum der gesetzlichen Pfandrechte ist der in §. 242 angegebene Grundsatz maßgebend. Dieselben datiren nicht erst von der Zeit, wo die mit dem Pfandrechte versehene Forderung wirklich existent geworden ist, sondern von der Zeit, wo zu derselben in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt worden ist[1]. Auch insofern ihnen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Begründung der Forderung noch nicht im Vermögen des Schuldners waren, datiren sie von der gleichen Zeit, und nicht erst von der Zeit, wo der Schuldner diese Sachen

---

nicht, wie Regelsberger S. 109 sagt, von der Zeit an, wo das Urtheil (durch Versäumung der Frist zur Einbringung von Rechtsmitteln oder durch Verzicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln) rechtskräftig geworden ist. Durch wirkliche Einlegung von Rechtsmitteln wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben, so daß das Pfandrecht erst von dem höheren Urtheil an, wenn dieses rechtskräftig geworden ist, datiren kann. Vgl. l. 6 §. 1 D. de his qui not. 3. 2, l. 6 §. 8 D. de iniusto 28. 3, l. 1 §. 14 D. ad. SC. Turpill. 48. 16. Dernburg II S. 413—414, Wetzell Civilproc. §. 56 Note 102.

[3] L. 16 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 20.

[4] L. 26 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. h. t.

[5] L. 12 pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5, l. 5 §. 2. 3 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 15 §. 15. 18 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 16 D. de ventr. 37. 9. Dernburg I S. 409. 410, Regelsberger §. 35 Note b.

§. 244. [1] So datirt namentlich das Pfandrecht am Vermögen des Vormundes nicht erst von der Zeit, wo nach Beendigung der Vormundschaft das Mündelvermögen herausgegeben werden muß, oder von der Zeit, wo durch die Schuld des Vormundes eine Benachtheiligung des Mündels eingetreten ist, sondern sogleich von der Zeit der übertragenen Vormundschaft. Ebenso bei den andern gesetzlichen Pfandrechten, welche bestimmt sind, den Inhaber eines Vermögens gegen den Verwalter desselben zu schützen. L. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 11 C. de pact. conv. §. 14. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 157—159, Vangerow I §. 357 Anm. Nr. 2 a. E., Dernburg I S. 371. 372. Seuff. Arch. XVIII. 214.

erworben hat[2]. Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1. Das Pfandrecht des Vermiethers an dem in das vermiethete Grundstück vom Miether Eingebrachten datirt erst von der Zeit der Einbringung. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift, auf welcher dieses Pfandrecht beruht, ist nicht der, daß der Schuldner in Betreff der noch nicht eingebrachten Sachen irgendwie gebunden sein solle[3].

2. Das Pfandrecht des Vermächtnißnehmers datirt von der Zeit des Todes des Erblassers. Durch den Tod des Erblassers kommt die Vermächtnißverfügung in der Weise zur Vollendung, daß der Beschwerte durch sie gebunden ist[4].

3. Das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen datirt von der Zeit, wo die Steuern fällig geworden sind. Jede Steuerforderung ist eine selbständige Forderung, nicht Ausfluß eines einigen zu Grunde liegenden Verhältnisses[5].

4. Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen der Aeltern

---

[2] L. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9; vgl. l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 109 c. 1. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 207—215, Regelsberger S. 96. 97, Dernburg I S. 250. 251. Das Gesagte gilt auch von dem Pfandrechte des Verpächters an den künftig auf dem verpachteten Grundstück zu ziehenden Früchten; dasselbe datirt von der Zeit des abgeschlossenen Pachtvertrags (a. M. Vangerow I §. 376 Anm. 1. b a. E., Dernburg I S. 309 unt.). Es gilt ferner für das Pfandrecht desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; dasselbe erhält sein Datum sogleich durch den Darlehnsvertrag, nicht erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes. Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX S. 123 fg., Dernburg I S. 320; a. M. Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 2.

[3] Dieß geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß auch die ausdrückliche Verpfändung des Eingebrachten nicht anders ausgelegt wird (§. 242 Note 9). Dernburg I S. 304, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 1. a.

[4] Andere Meinungen: 1) das Pfandrecht datire vom dies cedens, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 4 und die dort Citirten; 2) es datire von der Zeit des Erbschaftsantrittes, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 152, Regelsberger §. 88, Dernburg I S. 332.

[5] Die Frage ist sehr bestritten; Andere sehen auf die Zeit der Auferlegung, oder auf die Zeit der Repartirung, oder unterscheiden zwischen Personal- und Realsteuern. S. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 32 fg., Dernburg I S. 351, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 1. a.

wegen des ihnen in Folge der zweiten Ehe der Aeltern anfallenden Ehegewinnes datirt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht erst von der Zeit, wo der Ehegewinn den Kindern angefallen, sondern bereits von der Zeit, wo er von den Aeltern erworben ist[6].

5. Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos datirt, wenn die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt worden ist, nicht schon von der Bestellung der Dos, sondern erst von der Zeit der Eingehung der Ehe. Vorher war eine Dotalforderung noch gar nicht vorhanden[7].

## 2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechtes*.

### §. 245.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird dadurch begründet[1], daß jenes durch eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde, welche von drei unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist[2], dieses nur durch eine einfache Privaturkunde dargethan werden kann[3]. Dieß gilt nicht bloß für vertragsmäßige, sondern auch für alle anderen Arten von Pfandrechten[4]. Dagegen

---

[6] L. 6 §. 2 l. 8 §. 4 C. de sec. nupt. 5. 9. Vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 159 Note 1, Regelsberger §. 10 Note 6.

[7] A. M. Dernburg I S. 391, Vangerow I §. 376 Anm. Nr. 4. a.

* Dernburg II §. 151. Glück XVIII S. 278—303.

[1] Nach einem Gesetze von K. Leo aus dem Jahre 469, l. 11 C. h. t. §. 245. Dieses Gesetz hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Controversen gegeben; s. das Folgende.

[2] Durch ein instrumentum publicum oder (nach neuerem Sprachgebrauch) durch ein instrumentum quasi publicum. Auf Grund dieser Ausdrücke sagt man auch: pignus publicum und quasi publicum. Vgl. Dernburg II S. 417—419. 425—427. Seuff. Arch. XIX. 220 (dawider Dernburg S. 419).

[3] Wie wenn andere Beweismittel für dasselbe vorliegen? Geht auch dann das öffentliche Pfandrecht vor? Das Gesetz sagt dieß nicht. Es bestimmt überhaupt nicht sowohl über die Bedeutung der durch eine öffentliche Urkunde bewiesenen Pfandrechte, als vielmehr über die Bedeutung der durch eine Privaturkunde bewiesenen. Uebereinstimmend Gesterding Ausbeute II S. 455, Fritz Erläuterungen I S. 519. 520; a. M. Löhr Arch. f. civ. Pr. XII S. 163—166, Sintenis Pfandr. S. 270 fg. u. Civilr. I §. 80 Note 23. Seuff. Arch. XXVI. 15.

[4] Weder der Wortlaut des Gesetzes nöthigt zu der erwähnten Beschrän-

wird durch den aufgestellten Satz der Vorzug des privilegiirten Pfandrechts vor dem nicht privilegiirten nicht berührt, und nur dann macht jener Satz sich wieder geltend, wenn bei mehreren gleich privilegiirten Pfandrechten auf das Zeitverhältniß zurückgegriffen werden muß[5].[6]

---

kung, noch führt darauf sein Grund, wie man denselben auch fassen mag (Note 6). Für die hier vertretene Meinung namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 158—160 und XII. 9, Fritz Erläuterungen I S. 521—523, Dernburg II S. 422. 423; gegen dieselbe Francke Beiträge I S. 105 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 112 fg. Pfandr. S. 272 fg. System I §. 80 Note 25, Haimberger Arch. f. civ. Pr. XXI S. 235 fg., Puchta Vorles. I S. 442 (zu §. 212), Brinz S. 344.

[5] Das Gesetz Leo's will nur über den Rang bestimmen, welchen die Pfandrechte kraft ihres Zeitverhältnisses in Anspruch nehmen, nicht über den Rang, welcher ihnen abgesehen von allem Zeitverhältniß zukommt. Thibaut civ. Abhandl. S. 125—127, Fritz Erläuterungen I S. 518, Vangerow I §. 387 Anm. Nr. 3. A. M. noch in der neueren Zeit Puchta Pand. §. 212. b und Vorl. dazu, Brinz S. 344, Dernburg II S. 423. 424.

[6] Abgesehen von den im Vorstehenden erwähnten einzelnen Fragen ist noch Streit über die Grundauffassung des Gesetzes. Die herrschende Meinung sieht in demselben eine positive Bevorzugung des unzweifelhaften Beweises; nach Andern aber soll dasselbe nur eine Anwendung des Satzes enthalten, daß die disponirende Privaturkunde zwar ihren Inhalt gegen Dritte beweise, aber nicht ihr Datum, und neu in demselben nur die Vorschrift sein, daß das s. g. instrumentum quasi publicum gleiche Kraft habe wie das publicum. Der neueste Vertheidiger dieser letzteren Ansicht ist Vangerow I §. 387 Anm.; gegen dieselben haben sich erklärt namentlich Löhr Arch. f. civ. Pr. VI S. 150 —158, Gesterding Ausbeute II S. 443 fg., Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 110—112. Pfandr. S. 270—272. System I §. 80 Note 23. Die Frage wird schwerlich mit Sicherheit zu erledigen sein. Entscheidet man aber die in Note 3 bezeichnete Streitfrage, wie dort geschehen, so kann die Frage auf sich beruhen bleiben. Denn die praktischen Consequenzen, welche sich aus der von Vangerow vertretenen Ansicht ergeben, sind: 1) daß der Vorrang des öffentlichen Pfandrechts auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, gebrochen werden kann; 2) daß auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, ein Vorrang vor dem nur durch eine Privaturkunde bewiesenen Pfandrecht begründet werden kann. Das erste ist in Note 3 aus andern Gründen angenommen worden; das Zweite wird man annehmen müssen, auch wenn man die Vangerow'sche Grundauffassung des Gesetzes nicht theilt. Denn der Satz, daß Privaturkunden, wenngleich ihren Inhalt (die Disposition), doch nicht ihr Datum (in Betreff dessen sie nur ein Zeugniß enthalten) gegen Dritte beweisen, läßt sich nicht bestreiten. S. Gerau Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX S. 94 fg., Wetzell Civilproc. §. 24 Note 8.

## 3. Pfandprivilegien*.

### §. 246.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird ferner begründet durch die gewissen Pfandrechten ertheilten gesetzlichen Vorzugsrechte. Ein solches Vorzugsrecht hat

1) das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuer-[1] und Contractsforderungen, wegen der letzteren jedoch nur in Betreff des vom Schuldner später erworbenen Vermögens[2];

2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos[3]. Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die Descendenten der Frau, nicht aber auf die übrigen Personen, an welche die Dotalforderung fallen kann[4]. Wegen der späteren Vermehrung der Dos

---

* Sintenis §. 65. 66. Dernburg II §. 152—156. Glück XIX S. 248—315, Vangerow I §. 386.

[1] L. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. Dieses Privilegium wird bezweifelt von Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 384 fg., welcher in der angeführten Stelle nur einen Vorzug der Zeit anerkannt findet; ebenso Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 78 fg. Dagegen Sintenis Pfandr. S. 629, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1 z. A. Vgl. noch Seuff. Arch. III. 13. §. 246.

[2] L. 28 D. de I. F. 49. 14. L. 2 C. de priv. fisci 7. 73 spricht nicht von dem später erworbenen Vermögen, und was l. 21 pr. D. h. t. angeht, so hatte der Fiscus zu der Zeit, wo diese Stelle geschrieben wurde, wegen seiner Contractsforderungen noch nicht einmal ein gesetzliches Pfandrecht, viel weniger ein Pfandprivilegium. Die verschiedenen Ansichten über die l. 28 cit. sind zusammengestellt bei Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 1, und in der Abhandlung von Schlayer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 7. Letzterer versteht das „contrahere" der l. 28 cit. von einem Kaufe auf Grund eines dem Fiscus zustehenden Executionspfandrechts, welches bis zur Zahlung des Kaufpreises fortdauere. Ich glaube nicht, daß diese Erklärung sich mehr Freunde erwerben wird, als die früheren Versuche, welche zur Beseitigung der Besonderheit in der Entscheidung der l. 28 cit. gemacht worden sind. Vgl. auch Regelsberger §. 28 und Dernburg II §. 153 (welcher unter Benützung von l. 18 §. 10 D. de I. F. 49. 14 das Privilegium des Fiscus auf das Privilegium wegen versio in rem zurückführt). Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 411, II. 263, XI. 20. 21.

[3] §. 29 I. de act. 4. 6, l. 12 C. h. t. Vgl. Seuff. Arch. XI. 22.

[4] L. 12 §. 1 C. h. t., Nov. 91 c. 1. Die Descendenten haben dieses Vorzugsrecht nicht bloß, wie man behauptet hat, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. S. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2 und die

findet es nur Statt, wenn diese Vermehrung in Grundstücken besteht[5].

3. Ein Vorzugsrecht hat ferner das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache gemacht hat[6]. —

Was das Verhältniß der mehreren Vorzugsrechte zu einander angeht, so nimmt die erste Stelle das des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen ein[7], die zweite das Vorzugsrecht der Dos[8],

---

dort Citirten, Dernburg II S. 446—448. Seuff. Arch. I. 412, II. 267, XIV. 277.

[5] Nov. 97 c. 2. Seuff. Arch. XII. 165, XIX. 103.

[6] S. g. Privilegium wegen versio in rem. L. 5. 6. 7 pr. D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 7 C. h. t., Nov. 97 c. 3. Fritz Erläuterungen I S. 509—514, Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3. Im Einzelnen bemerke man: 1) das Vorzugsrecht beschränkt sich nicht auf den Fall eines gegebenen Gelddarlehns, sondern es findet bei jeder Aufwendung statt, so namentlich auch, wenn eine Sache verkauft und das Kaufgeld creditirt wird. Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 3, Dernburg II S. 430—431. Seuff. Arch. V. 259, VI. 162. 2) Daß das Vorzugsrecht auch stattfinde, wenn eine Aufwendung zur Verbesserung der Pfandsache gemacht worden ist, ist nicht allgemein anerkannt (s. Sintenis Pfandr. S. 625 Note 2). Aber es folgt sowohl aus den in l. 5 pr. D. h. t. und Nov, 97 c. 3 angeführten Beispielen der Ausrüstung eines Schiffes und der Erbauung eines Hauses, als aus dem Gedanken, auf welchem das ganze Vorzugsrecht beruht; denn dieser ist kein anderer, als daß derjenige vorgehen soll, dessen Geld in der Sache steckt. Vgl. auch Dernburg II S. 433. 3) Eben deßwegen muß man aber auch das Vorzugsrecht wegfallen lassen, wenn das durch die Aufwendung Erzielte jetzt nicht mehr vorhanden ist, z. B. das mit dem Gelde des Gläubigers erbaute oder wiederhergestellte Haus später abgebrannt ist. A. M. Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV S. 371 4) Das Pfandrecht muß sofort mit der Aufwendung entstanden sein, ob aber durch Vertrag oder durch Gesetz ist gleichgültig. Dernburg II S. 434.

[7] So die herrschende Meinung auf Grund von l. 1 C. si propt. publ. pens. 4. 46: — „potior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt“. Andere setzen dieses Privilegium des Fiscus dem Dotalprivilegium, oder auch dem Privilegium wegen Verwendung, nach (vgl. Fritz Erläuterungen I S. 516 in und zu Note 252, Sintenis Pfandr. S. 646). S. dagegen Fritz a. a. O. S. 516. 517, Vangerow a. a. O. Anm. 2, Dernburg II S. 452—453.

[8] Andere setzen es an die erste Stelle (s. die vorige Note), oder erst an die dritte, hinter das Vorzugsrecht wegen Verwendung. Die hier vertretene Meinung stützt sich auf Nov. 97 c. 3, in welcher Justinian allerdings von

die dritte das Vorzugsrecht wegen Verwendung und das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractsforderungen, so daß diese beiden letzteren Vorzugsrechte gleiche Kraft haben[9]. Zwischen mehreren Vorzugsrechten derselben Art entscheiden Alter und Oeffentlichkeit; mit Ausnahme jedoch der Vorzugsrechte wegen Verwendung, deren Rang unter sich durch das Verhältniß bestimmt wird, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Verschaffung und dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat[10].

---

dem Falle, wo eine jüngere Verwendungsforderung mit einer älteren Dotalforderung zusammentrifft, ausgeht, aber seine Entscheidung ganz allgemein dahin trifft, daß das Dotalprivilegium dem Privilegium wegen Verwendung vorgehe. S. namentlich auch c. 4 eod. (In der letzteren Stelle nimmt Justinian nur Einen Fall aus, wenn nämlich Geld zum Ankauf eines käuflichen Amtes [militia] gegeben worden sei. Es muß dahin gestellt bleiben, inwiefern der Fall dieser Ausnahme heutzutage in Deutschland noch vorkommen kann, vgl. III §. 581 Note 5. §. 610 Note 15.) Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 2 und die daselbst Citirten, Dernburg II S. 453—455. Der Letztere S. 449. 456 unt. läßt das Vorzugsrecht der Dos auch gegenüber Contractsforderungen des Fiscus ausfallen, auf Grund von l. 2 C. de priv. fisc. 7. 73, welche nicht aus dem Rechte ihrer Zeit erklärt werden dürfe. Seuff. Arch. I. 411, II. 264. 265, XII. 165.

[9] Es liegt in den Quellen nichts vor, weßwegen das eine dem andern vorgezogen werden müßte. Die Meinungen gehen freilich auch hier sehr auseinander. Fritz Erläuterungen I S. 515, Sintenis Pfandr. S. 647. 648, Dernburg II S. 456. 457, vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. VIII S. 21. 22. Die l. 3 C. de primipilo 12. 63 zieht das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen des Primipilus nicht dem privilegiirten Dotalpfandrecht vor, sondern dem unprivilegiirten (und nicht gesetzlichen), wie es damals (zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian) allein bestand. Uebrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob dem römischen Primipulus irgend einer der heutigen Militärbeamten gleichgestellt werden darf. Vgl. Pfeiffer prakt. Ausführ. VIII S. 9—11. 25—26, Dernburg II S. 442—443.

[10] L. 7. pr. D. h. t. Die von Manchen (z. B. Sintenis Pfandrecht S. 645, Seuffert Pand. §. 217) aufgestellte Regel, daß hier das jüngere Pfandrecht dem älteren vorgehe, ist principiell unrichtig, obgleich es sich im einzelnen Falle so herausstellen kann. Man vergleiche folgende Beispiele. 1) A. leiht zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses 5000; dasselbe brennt neuerdings ab, und nun leiht B. zum Wiederaufbau 5000. Das Haus wird für 5000 verkauft. 2) A. leiht 6000 zum Ankauf eines Hauses; nachdem dasselbe abgebrannt ist, leiht B. 5000 zum Wiederaufbau. Das Haus wird für 5000 verkauft. Im ersten Falle bekommt allerdings B. Alles, im zweiten Fall aber theilt er mit A. nach dem Verhältniß des Werthes der

Die Kraft der Pfandprivilegien erstreckt sich nicht so weit, daß sie auch solchen Pfandrechten vorgingen, welche von einem früheren Eigenthümer der Pfandsache herrühren[11]. Davon gilt eine Ausnahme nur für das Privilegium desjenigen, welcher eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat[12].

---

Grundfläche zu dem Werthe des Gebäudes. — Dernburg II S. 456 will die Regel so gestellt wissen: allerdings gehe das jüngere Pfandrecht dem älteren vor, „jedoch nur hinsichtlich der Werthvermehrung, welche dem älteren Hypothekar durch die spätere Hypothek zufloß."

[11] Für den Vorzug der von einem früheren Eigenthume herrührenden Pfandrechte erklärte sich früher die herrschende Meinung (man schrieb den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigenthümer herleiteten, ein Separationsrecht zu, s. g. Pfandseparatisten). Diese Meinung wurde erschüttert und aus der Theorie fast beseitigt durch den Angriff von Thibaut civil. Abhandlungen S. 313. 314 (1814). In gleicher Weise wie Thibaut sprach sich Spangenberg aus, Arch. f. civ. Pr. X. 19 (1827). XIV. 6 (1831) und in Hagemann's prakt. Erörter. VIII Abthl. 2 Nr. 1 (1829); gegen Thibaut Hepp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 3 (1831), welchem Thibaut antwortete Arch. f. civ. Pr. XIV. 10 (1831). Erfolgreich wurde die frühere Meinung wieder in Schutz genommen durch Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV. 15 (1831); demselben folgen mehr oder minder vollständig Sintenis Pfandr. S. 636 fg. und System I S. 660, Arndts S. 608, Brinz S. 345; dawider Seuffert §. 215, Vangerow I §. 385 Anm., zweifelnd Fritz Erläuterungen I S. 526, Puchta §. 211 a. E. Wächter hat auf jeden Fall das große Verdienst, den richtigen Gesichtspunkt zur Lösung der Frage festgestellt zu haben. Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmebestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorzug auch vor den Gläubigern des früheren Eigenthümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erstere ist, sondern das Letztere. In der That haben denn auch die einzelnen hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich m. E. nicht erbringen. So jetzt auch, jedenfalls im Resultat, Dernburg II §. 156. Für die hier vertheidigte Meinung ist auch das Urtheil bei Seuff. Arch. VIII. 114, XXI. 108. Ueber eine sich von selbst verstehende Ausnahme s. den Text und die folgende Note. — Als von dem früheren Eigenthümer herrührend dürfen nur nicht auch die s. g. reservirten Pfandrechte angesehen werden. S. §. 230 Note 11 und Vangerow I §. 385. Seuff. Arch. XVI. 199, XXI. 108 a. E.

## C. Uebergang des Ranges.

### §. 247.

Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrecht, welchem er zusteht, nicht erworben werden: er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben[1]. Das römische Recht hat aber das Eintreten in eine gewisse Pfandstelle dadurch erleichtert, daß es den Erwerb bestehender Pfandrechte auch in solchen Fällen anerkannt hat, wo er der Regel nach nicht zulässig gewesen wäre: von diesen Fällen ist in den §§. 233ª und 233ᵇ gehandelt worden. — Nicht hierher gehört der Fall, in welchem einem nachstehenden Pfandrechte der Rang

---

[12] Dieses Privilegium berechtigt den Gläubiger, aus der Sache Dasjenige herauszunehmen, durch dessen Aufwendung bewirkt worden ist, daß die Pfandsache entweder überhaupt vorhanden ist, oder doch in demjenigen Werthe, welchen sie gegenwärtig hat. Das geht alle Pfandgläubiger an, nicht bloß die Pfandgläubiger, welche ihr Pfandrecht von dem gegenwärtigen Eigenthümer ableiten. Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigenthümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von Diesem herrührenden Pfandrechte möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigenthümer her rührenden, und diese gehen daher seinem Pfandrechte vor. Dieß geben auch diejenigen zu, welche sonst für die Pfandprivilegien einen absoluten Vorzug in Anspruch nehmen (vgl. Vangerow a. a. O. [§. 385]), wie umgekehrt Wächter der hier vertretenen Ausnahme von dem von ihm aufgestellten Satze nicht entgegen ist (die Differenz ist nur die, daß er das Privilegium wegen Verwendung auch da stattfinden läßt, wo das durch die Verwendung Erzielte später wieder weggefallen ist, s. a. a. O. S. 371. 372). S. jetzt auch Dernburg II S. 460, welcher übrigens richtig bemerkt, daß möglicherweise die Aufopferung, welche gemacht wird, um die Pfandsache dem jetzigen Eigenthümer zu verschaffen, doch auch den von dem Rechtsurheber desselben herrührenden Pfandrechten zu Gute kommen kann, und daß in diesem Falle das Pfandrecht der Aufopferung diesen letzteren Pfandrechten allerdings vorgeht.

[1] Verzicht auf den einem Pfandrechte zukommenden Rang zu Gunsten eines andern Pfandgläubigers ist entweder ein rein obligatorisches Geschäft mit diesem Pfandgläubiger, oder Verzicht auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen. Von der letzteren Auffassung geht l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 12 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, von der ersteren l. 21 C. ad SC. Vell. 4. 29 aus. Doch sind die Ansichten hier verschieden. Vgl. Dernburg II §. 158, Schlayer Arch. f. civ. Pr. XLIX S. 232 fg., Regelsberger Studien im bayer. Hypothekenrechte S. 45 fg. §. 247.

eines vorgehenden rechtskräftig zugesprochen wird. Ein solches Urtheil bewirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrecht den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Proceßsieger das Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt[2].

---

[2] Wenn also ein dritter Pfandgläubiger dem ersten gegenüber den Sieg davon getragen hat, so muß der erste den dritten als ersten anerkennen; aber deßwegen kann nicht der dritte den Vorzug auch vor dem zweiten in Anspruch nehmen mit Berufung darauf, daß dieser dem von ihm Besiegten nachstehe. Dieß sagt die vielbesprochene l. 16 D. qui pot. 20. 4. Dadurch entsteht nun allerdings ein s. g. circulus inextricabilis: der Dritte hat dem Ersten den Besitz abgestritten; dem Dritten nimmt den Besitz der Zweite; dem Zweiten der Erste; diesem wieder der Dritte u. s. f. Aber dieser circulus kann dadurch abgeschnitten werden, daß der Dritte den Zweiten abfindet, oder sich mit ihm oder dem Ersten verständigt. „Der Staat hatte . . keinen genügenden Anlaß, die Schwierigkeiten aus den Consequenzen der Rechtssätze . . mit einem Machtspruche zu durchhauen". Krüger processualische Consumtion S. 199. Andere (so namentlich Vangerow I §. 377 Anm. 2) nehmen für den Fall, wo der Dritte als Kläger gesiegt hat, eine wirkliche Succession an, so daß der Dritte auch dem Zweiten gegenüber im Besitzesstreite siege, während im Falle, wo der Dritte als Beklagter gesiegt habe (von welchem Falle die l. 16 cit. allein rede), der Dritte auch dem Ersten gegenüber nicht durchdringe. Eine noch andere Meinung (Pfeifer Arch. f. civ. Pr. XXXVIII S. 350—358) geht dahin, daß der Dritte auch im Falle, wo er als Kläger gesiegt habe, kein Recht habe, den wieder verlorenen Besitz von dem Ersten zurückzuverlangen (vgl. §. 131 Note 1). Aber die eine und die andere Meinung beruht auf einer Verkennung der richtigen Grundsätze von der exc. rei iudicatae. S. auch Brinz S. 349, Arndts §. 387 Anm., Bachofen S. 317 fg., Dernburg II S. 463. 465, Krüger a. a. O. S. 195 fg. Kommt es zur Vertheilung der Kaufsumme, so ist man zwar sonst darüber einig, daß zuerst der Dritte an Stelle des Ersten für den Betrag von dessen Forderung befriedigt wird, dann der Zweite, dann der Dritte für seine Restforderung, endlich der Erste: neuerdings aber hat Dernburg II S. 469 die Behauptung aufgestellt, daß der Concursrichter unter Hintansetzung der beiden widersprechenden Urtheile von Neuem auf Grund des materiellen Rechts zu erkennen habe. Dernburg's Grund ist: weil der Concursrichter Ordnung unter allen Parteien zu schaffen habe; die Beweiskraft dieses Grundes leuchtet nicht ein. — Gibt es noch andere Fälle relativer Priorität? Dernburg II S. 470—474.

## VII. Beendigung des Pfandrechts*.

### A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat.

§. 248.

Unter den Beendigungsgründen, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat, sind hier folgende hervorzuheben[1].

1. Erlaß durch den Pfandgläubiger. Derselbe kann sowohl von Todes wegen, wie unter Lebenden erklärt werden; im letzten Fall bedarf er, um bindend zu sein, der Acceptation von der Gegenseite[2]. Derselbe kann ferner nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, so z. B.[3] durch Rückgabe der Pfandsache oder der Pfandurkunde[4], durch Ertheilung der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung[5] oder zur Veräußerung[6] der Pfandsache.

---

* Dig. 20. 6 quibus modus pignus vel hypotheca solvitur. Cod. 8. 31 de luitione pignoris. — Sintenis §. 69. 70, Dernburg II §. 167—175. Glück XIX S. 410—447. Vgl. Goldschmidt Handelsr. I S. 949 fg.

[1] S. außerdem l. 6 pr. D. h. t. und §. 165. Dernburg II §. 174. Seuff. Arch. XIX. 21. §. 248.

[2] Die Quellen sprechen nur von einem Erlaßvertrag (l. 9 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 8 §. 1—5 D. h. t., l. 2 C. de rem pign. 8. 26), und in l. 7 §. 2 l. 8 §. 2 D. h. t. wird die Frage aufgeworfen, ob der einem procurator des Schuldners gewährte Erlaß dem Letzteren zu Gute komme. Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII S. 392 u. Erläuterungen I S. 543—545, Sintenis Pfandr. S. 671, Vangerow I §. 127 Anm. (dieser Letztere mit Berufung darauf, daß das Pfandrecht eine obligatio rei sei). A. M. Bacher Jahrb. f. Dogm. V S. 237—243, Bremer (§. 227 Note 7) S. 145 fg. Zur Acceptation des Verzichts hält Dernburg II S. 546 außer dem Eigenthümer auch den Verpfänder (wenn das Eigenthum später in andere Hände übergegangen ist) für befugt; dagegen gewiß mit Recht Bremer a. a. O.

[3] Vgl. noch l. 5 §. 2 l. 6 §. 2 l. 14 D. h. t. Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 42—47, Dernburg II S. 548 fg.

[4] L. 9. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 3 D. de pign. act. 13. 7. Die Rückgabe der Pfandsache und der Pfandurkunde hat aber natürlich nicht nothwendig diesen Sinn. Vgl. Seuff. Arch. V. 307.

[5] Denn an und für sich ist ja die Erlaubniß des Eigenthümers zur weiteren Verpfändung nicht erforderlich. Doch kann in der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung möglicherweise nur der Ausdruck des Willens liegen, daß der Eigenthümer ein durch das Pfandrecht des Einwilligenden

2. Untergang der Pfandsache[7]. Ist der Untergang kein vollständiger, so dauert das Pfandrecht an Demjenigen fort, was von der Pfandsache übrig bleibt[8]. Dahin gehört auch, daß das Pfandrecht die Ersatzforderung ergreift, welche dem Eigenthümer durch den Untergang der Pfandsache erwächst[9]. Wird der Gegenstand

---

nicht beeinträchtigtes Pfandrecht an der Sache solle verleihen dürfen, so daß der Einwilligende sein Pfandrecht nicht sowohl verliert, als mit demselben nur hinter das neu bestellte zurücktritt. L. 9 §. 1 l. 11 l. 12 pr. D. h. t., l. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4. Vgl. Glück XIX S. 421 fg., Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII S. 33—36, Sintenis Pfandr. S. 673, Vangerow I §. 392 Anm. Nr. 2. Seuff. Arch. IX. 13, XVI. 17, XXI. 218.

[6] Der Grund für die Annahme des Erlaßwillens ist in diesem Falle der gleiche, wie in dem zuvor erwähnten. Dieser Fall hat in den Quellen eine reiche casuistische Entwickelung gefunden. L. 4 §. 1. 2 l. 7 pr. §. 1 l. 8 §. 6 — 18 l. 10 pr. D. h. t., l. 158 D. de R. I. 50. 17, l. 2. 11 C. de rem. pign. 8. 26. Glück XIX S. 421 fg., Vermehren a. a. O. S. 29—33, Bachofen S. 572—578, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII S. 119—122, Brinz S. 356, Ihering Jahrb. f. Dogm. II S. 129—130, Dernburg II S. 552—553. 554 fg. Seuff. Arch. XVI. 17. Stillschweigen zur Veräußerung: l. 8 §. 15 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. de rem. pign. 8. 26. Dernburg II S. 550—552. Seuff. Arch. XVIII. 215.

[7] L. 8 pr. D. h. t. „Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit".

[8] So dauert das am Gebäude stattfindende Pfandrecht, wenn das Gebäude abbrennt, am Bauplatz fort. L. 21 D. de pign. act. 13. 7, l. 29 §. 2 l. 35 D. de pign. 20. 1.

[9] Denn das Pfandrecht ist gerichtet auf Aneignung des Werthes des Pfandgegenstandes; so muß auch dem Pfandrechte unterworfen bleiben, was von dem Werthe des Pfandgegenstandes übrig bleibt. Einen directen Beweis für den aufgestellten Satz gewährt l. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, nach welcher Stelle der mit der Eigenthumsklage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm erworbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß; gilt dieß für die rei vindicatio, so gilt es nicht minder für die actio hypotheacaria (§. 235). Hiernach halte ich es für unzweifelhaft, daß das Pfandrecht sich auch auf die für die untergangene Sache zu zahlende Versicherungssumme (die Forderung auf die Versicherungssumme) erstreckt. Lippmann Jahrb. f. Dogm. VII S. 29; a. M. Mabai Arch. f. civ. Pr. XXVI S. 201—212, Dernburg II S. 565 fg.; vgl. auch Mommsen Erörterungen I S. 116—123, Kuntze zu Holzschuher II §. 125 Nr. 17. A. M. auch, obgleich er von dem speciellen zuvor genannten Fall nicht spricht, im Princip Exner Kritik des Pfandbegriffs S. 38 fg. Sein einziges Argument ist der Untergang des Pfandrechts durch Specification (Note 10); aber in diesem Fall enthält die die neue Werthform schaffende Thatsache zugleich einen Titel für den Erwerb freien Eigenthums.

zu einer Sache anderer Art verarbeitet, so ist zu unterscheiden, ob die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann oder nicht; im ersten Fall dauert das Pfandrecht fort, im zweiten geht es unter[10]. — Ist der Pfandgegenstand ein Recht an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch unter, daß dieses Recht an den Eigenthümer zurückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigenthümer zurückfällt, oder daß der Inhaber des Rechts das Eigenthum erwirbt[11]. In gleicher Weise erlischt das Pfandrecht an einer Forderung nicht dadurch, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt, oder umgekehrt

---

[10] L. 18 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Dernburg II S. 560 fg. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 331 nimmt Untergang des Pfandrechts auch für den Fall an, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt zurück gebracht werden kann, s. dagegen §. 187 Note 2. Umgekehrt läßt Bremer (§. 227 Note 7) S. 166 bei Specification durch den Eigenthümer das Pfandrecht auch in dem Falle fortdauern, wo die neue Sache auf die frühere Gestalt nicht zurückgebracht werden kann (genauer: an die Stelle des untergegangenen Pfandrechts ein neues treten). Aber der Eigenthümer bekommt ja das Eigenthum an der neuen Sache nicht auf Grund seines Eigenthums an der alten, sondern auf Grund seiner Arbeit. — Daß die bloße Umgestaltung einer unbeweglichen Sache das Pfandrecht nicht aufhebe, sagt ausdrücklich l. 16 §. 2 D. de pign. 20. 1 (s. über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V S. 104).

[11] Genauer: das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort. S. das §. 205 Note 4 a. E. Gesagte und vgl. §. 219 Note 8. Die in Note 7 citirte Stelle sieht auf den nächstliegenden Fall, wo der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten untergeht. Bremer (§. 227 Note 7) S. 152 fg. 167 fg. 185 nimmt an, daß sich das Pfandrecht in diesem Falle in ein neues Pfandrecht verwandele, dessen Inhalt die Befugniß zur Begründung eines mit dem untergegangenen Rechte übereinstimmenden Rechts bilde (§. 227 a. E.); Exner (§. 227 Note 7) S. 68 fg. 79. 90 fg. sieht die Hülfe in dem von ihm gelehrten Satz, daß das Pfandrecht in dem bezeichneten Fall von vorn herein die Sache, nicht das Recht ergreife. Gegen Beide bemerke ich: es liegt kein Widerspruch darin, daß ein Recht in einer gewissen Beziehung fortdauere, während es im Uebrigen untergeht, und dieser Satz ist mehr als eine Phrase. Denn die Rechte bestehen nur durch die Anerkennung der Rechtsordnung, und wie weit die Rechtsordnung eine ertheilte Anerkennung zurücknehmen will, ist ihre Sache. Vgl. §. 65ª. Daß aber gerade im Fall der Confusion der Untergang des Rechts durch eine demselben aufgedrückte rechtliche Bestimmtheit aufgehalten werde oder doch aufgehalten werden könne, dafür beweist l. 3 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2 (§. 205 Note 4), eine Stelle, welche von meinen Gegnern gar nicht beachtet ist.

dieser jenen[12]. Wird das verpfändete Forderungsrecht befriedigt, so ergreift das Pfandrecht den geleisteten Gegenstand[13].

3. Verjährung[14]. Das Pfandrecht geht nicht unter durch bloßen Nichtgebrauch[15], und ebensowenig geht es unter durch die Ersitzung des Eigenthums der verpfändeten Sache[16]; sondern es geht nur unter durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Ersitzung der Freiheit[17]. Dieselbe hat die gleichen Erfordernisse,

---

[12] Genauer: der Pfandgläubiger hat die Macht, von dem früheren Schuldner (bez. seinem Erben) eine Leistung, wie sie kraft der verpfändeten Obligation gefordert werden konnte, kraft seines Pfandrechts einzutreiben; für das Pfandrecht dauert die Obligation fort. „Remanet propter pignus naturalis obligatio" könnte man auch hier sagen, freilich in einem ganz anderen Sinn, als in welchem l. 59 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1 diesen Ausspruch wirklich thut. Dernburg I S. 474. II S. 559 Note 2. Bremer a. a. O. S. 156. 168 läßt es dahin gestellt, ob der Pfandgläubiger in diesem Fall Ersatz durch „ein eventuelles Forderungsrecht direct gegen den früheren Schuldner" erhalte. Exner a. a. O. S. 144 fg. nimmt fortdauernde Verhaftung des ehemaligen Schuldners (bez. seines Erben) auf Grund der quasisolutorischen Kraft der Confusion (II §. 352 Note 4) und der den Pfandcontract beherrschenden bona fides an.

[13] S. §. 239 Note 12.

[14] Unterholzner Verjährungslehre II §. 249. Schmitthenner Arch. f. prakt. RW. I. 6 (1852). Dernburg II §. 175.

[15] Durch Nichtgebrauch geht nur der Pfandanspruch unter (§. 235 Note 27). Die Meinung Büchel's (civilr. Erörterungen I. 2 S. 97. 141. 145 fg.), daß mit der Verjährung der actio hypothecaria gegen den Verpfänder auch das Pfandrecht selbst erloschen sei, ist eine Consequenz seiner Auffassung des Pfandrechts als eines Forderungsrecht (§. 224 Note 8). Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 267 und Schirmer das. Note ***.

[16] L. 44 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 7 C. de pign. 8. 14.

[17] Von derselben handeln l. 5 §. 1 l. 12 D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 7. 14 C. de O. et A. 4. 10, l. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36, l. 8 pr. §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39. Die Meinung, daß es eine besondere Ersitzung der Pfandfreiheit gebe, ist besonders von Schmitthenner a. a. O. vertheidigt worden. Abweichende Meinungen: 1) es gebe nur eine Verjährung der actio hypothecaria, mit oder ohne Einwirkung auf das Recht; 2) das Pfandrecht gehe nach neuestem Rechte durch Ersitzung des Eigenthums unter. Vgl. Schirmer a. a. O. Note ***, Schmithenner S. 93—94. Seuff. Arch. XXVI. 113. — Die Meinung, daß es nur eine Verjährung der Pfandklage gebe, ist neuerdings wieder vertheidigt worden von Schmid die Grundlehren der Cession I S. 105—106 Note 95 (1863), ferner von Dernburg II S. 596 fg., welchem folgt Wächter das Superficiar- oder Platzrecht S. 112 fg.

wie die Eigenthumsersitzung[18]; nur muß zu dem guten Glauben in Betreff der Sache guter Glaube in Betreff des Pfandrechts d. h. Nichtkennen desselben hinzukommen[19], und der Besitz muß bei der ordentlichen Ersitzung[20] ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden gedauert haben[21]; außerdem ist diese Ersitzung dem Schuldner (Verpfänder) selbst und seinen Erben verschlossen[22]. Die Wirkung dieser Ersitzung ist directer Untergang des Pfandrechts, nicht bloß Begründung einer Einrede gegen den Pfandanspruch[23].[24].

---

Diese Schriftsteller verkennen aber, wie mir scheint, den Einfluß der l. 8 C. cit. Nach derselben ist, wie sich durch einen nicht abzuweisenden Schluß a contrario aus §. 1 ergibt, wenn die Pfandsache 10 oder 20 bez. 30 oder 40 Jahre in gutem Glauben besessen worden ist, die Pfandklage auch gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen, welcher nicht Rechtsnachfolger der Besitzers in gutem Glauben ist. Zur Erklärung dieses Satzes reichen die Grundsätze von der Klagenverjährung nicht mehr aus. Gegen Dernburg auch Arndts §. 390 Anm. 2, dessen Widerlegung ich aber nicht für zutreffend halte.

[18] Sie wird in den Quellen bezeichnet als longi temporis praescriptio. Daß wirklicher Eigenthumserwerb der Ersitzung der Pfandfreiheit nicht hinderlich ist, versteht sich von selbst. Ist der Besitzer nicht Eigenthümer, so kann möglicherweise die Ersitzung der Pfandfreiheit vollendet werden vor Ersitzung des Eigenthums oder umgekehrt (verschiedener Beginn der einen oder der anderen Ersitzung; verschiedener Wohnort des Eigenthümers und des Pfandgläubigers; der Gegenstand des Pfandrechts eine bewegliche Sache; der Pfandgläubiger eine in Betreff der Verjährung privilegiirte Person).

[19] Dieß folgt aus der Richtung der Ersitzung.

[20] Von der außerordentlichen Ersitzung handelt l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[21] Die longi temporis praescriptio macht keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

[22] L. 1. 2 C. si adv. cred. 7. 36. Vgl. übrigens l. 5 §. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[23] S. Note 17. Uebrigens führt die Meinung, welche bloß Begründung einer Einrede annimmt, zu keinem praktisch verschiedenen Resultat. Denn zwischen dem Pfandgläubiger und demjenigen, welcher die Verjährung vollendet hat, bez. ihren Rechtsnachfolgern, leistet die Einrede das Gleiche, was durch Berufung auf den Untergang des Pfandrechts erreicht werden könnte. Dem dritten Besitzer, welcher nicht Rechtsnachfolger des Vollenders der Verjährung ist, steht allerdings die Einrede nicht zur Seite; aber wenn diesem auf Grund des fortbestehenden Pfandrechts die Sache vom Pfandgläubiger genommen

4. Zusammenkommen von Eigenthum und Pfandrecht in derselben Person (Confusion). Ein Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn, und so geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum erwirbt, oder der Eigenthümer das Pfandrecht[25]. Aber es hat guten Sinn, daß Andere sich aus unserer Sache nur in der Weise befriedigen können, daß ein bestimmter Theil ihres Werthes uns gelassen werden muß. In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht auch an der eigenen Sache anerkannt[26], wenn es ein vorgehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und

---

wird, so tritt gegen den Pfandgläubiger der Vollender der Verjährung mit der rei vindicatio oder Publiciana auf, und schlägt dessen Einrede des Pfandrechts mit der Gegeneinrede der Verjährung.

[24] Ueber andere hier nicht erwähnte Fragen s. Schmitthenner S. 105—107, Dernburg II S. 599 fg., Seuffert §. 221 Note 5, auch Vangerow I §. 324 Anm. Seuff. Arch. XII. 11.

[25] L. 30 §. 1 i. f. D. de exc. rei iud. 44. 2, vgl. l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 45 D. de R. I. 50. 17.

[26] L. 30 §. 1 D. cit. — „In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito: nequ enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoraticia competit: verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse". Der letzte Satz negirt den in dem vorigen aufgestellten Zweifelsgrund mit Berufung auf die Formel der hypothekarischen Klage. Es wäre sehr unrömisch (obgleich selbst die Basiliken es thun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, daß zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfandklage fortdauere. — Das Pfandrecht in der eigenen Sache ist eine Anwendung der Kategorie des (theilweisen) Ruhens der Rechte. Vgl. §. 65a, und über die verschiedenen Wendungen, in denen man sich dasselbe zurechtzulegen gesucht hat: Wening-Ingenheim Arch. f. civ. Pr. VI. 5 (1823), Francke civilist. Abhandlungen S. 107—125 (1826), Gebuld v. Jungenfeld über das Pfandrecht an eigener Sache (Gießen 1827), Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 85 fg. (1833), Fritz Erläuterungen I S. 545—547 (1833), Sintenis pfandr. Streitfragen Nr. 2 (1835) und Pfandrecht §. 17 (1836), Bachofen S. 85 fg. (dazu Keller Rec. S. 989 fg.), Vangerow I §. 392 Anm. Nr. 3, Brinz S. 302, Arndts §. 389 Anm., Dernburg II §. 171, Bremer Hypothek und Grundschuld S. 46 fg. 78 fg., Ihering Jahrb. f. Dogm. X. 452 fg., Bähr das. XI S. 493 fg. Genannt werden muß hier auch die treffliche Schrift von von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836), obgleich dieselbe sich fast ausschließlich mit dem preußischen Rechte beschäftigt, und wo sie des römischen gedenkt (S. 238 fg.), demselben nicht gerecht wird.

Eigenthum vereinigen[27]. Ein solches Pfandrecht gewährt nicht die Befugniß, sich einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Pfandsache anzueignen, sondern nur die Befugniß, Andere an der Aneignung ihres Vermögenswerthes zu verhindern; seine vorwiegende Bedeutung ist eine negative, keine positive[28]. Geht es aber auf einen Nichteigenthümer über[29], so wird es wieder zu

---

[27] Dieß kann noch in verschiedener Weise geschehen: a) der vorgehende Gläubiger erwirbt das Eigenthum, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. l. 1 C. si antiq. cred. 8. 20; b) der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht, z. B. l. 19 D. qui pot. 20. 4; c) Jemand erwirbt Eigenthum und ein vorgehendes Pfandrecht zu gleicher Zeit, l. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his qui in prior. 8. 19, l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 29. 5 (§. 233b Note 10). Nicht hierher gehören l. 5 §. 1 l. 6 D. de distr. pign. 20. 5; der in diesen Stellen erwähnte Verkauf ist gar nicht in der Absicht gemacht, Eigenthum zu übertragen; die Parteien haben von Verkauf des „Pfandes" geredet, aber ihre Absicht war nicht auf Uebertragung der Pfandsache (des Eigenthums an derselben), sondern auf Uebertragung des Pfandrechts gerichtet. L. 6 cit. „Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedises, et ideo offerri ei a debitore potest". Vgl. §. 237 Note 14 g. E. Puchta (Pand. §. 292. l und Vorl. dazu) ist mit Unrecht der Meinung, daß auch in den oben genannten Fällen der Eigenthumserwerb nur ein scheinbarer sei, so daß ein Pfandverhältniß an eigener Sache in den Quellen überhaupt nicht anerkannt sei. S. dagegen Arndts §. 389 Anm. a. E. Vgl. noch Seuff. Arch. XXVIII. 110. — Der Zug des modernen Rechts geht dahin, die eingetragene Hypothek von dem Zusammenkommen mit dem Eigenthum überhaupt unabhängig zu machen. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. §. 97 Note 35. Eintragung auf eigenen Namen: Mecklenb. revidirte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. October 1848 §. 16 Note 4. Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872 §. 26. 27.

[28] L. 17 D. qui pot. 20. 4: — „eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit". L. 3 C. de his qui in prior. 8. 19: — „in ius eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes." L. 1 C. si antiq. cred. 8. 20: — „sed ita persequens res obligatas audiris, si . . obtuleris". L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „emtori poterit offerri . .". Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren, so verschafft er sich denselben zurück durch Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs; ist der Besitzer ein nachstehender Pfandgläubiger, so schlägt er dessen Berufung auf sein Pfandrecht durch die Gegeneinrede des besseren Pfandrechts. Doch kann er sich dem nachstehenden Gläubiger gegenüber auch direct auf sein Pfandrecht berufen, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Note 26).

[29] L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: „emtori poterit offerri".

einem Pfandrechte gewöhnlicher Art. Nur dann schließt die Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum in derselben Hand auch bei Vorhandensein von nachstehenden Pfandgläubigern das Pfandrecht aus, wenn in dem Vorgange, durch welchen sich die Vereinigung vollzogen hat, ein Verzicht auf das Pfandrecht gefunden werden muß[30]. — Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise für das Pfandrecht an Rechten, wenn Pfandrecht und verpfändetes Recht in derselben Hand zusammenkommen[31].

## B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrechte eigenthümlich sind.

### §. 249.

1. Untergang der Forderung. Das Pfandrecht als ein zur Sicherheit einer Forderung bestimmtes Recht verliert mit der Forderung die Grundlage seiner Existenz, und geht daher mit dem Untergang der Forderung selbst unter[1], wobei es gleichgültig ist, ob die Forderung direct ausgeschlossen ist, oder nur durch Hülfe einer Einrede[2]. Es ist jedoch bereits oben (§. 225 Num. 2) bemerkt worden, daß das römische Recht diesen Satz nicht mit ausnahmsloser Strenge durchgeführt hat[3], daß es in einzelnen

---

[30] L. 9 pr. D. h. t. Die Behauptung, daß ein solcher Verzicht immer angenommen werden müsse, wenn Jemand wissentlich Pfandrecht und Eigenthum in seiner Hand zusammenbringe, geht zu weit. Vgl. über diese Frage Francke a. a. O. S. 122, Sintenis Pfandrecht S. 113, Vangerow I §. 392 Anm., Puchta Vorles. I S. 426 und dazu die Anm. von Rudorff, Arndts §. 389 Anm., Dernburg II S. 573.

[31] Vgl. Bremer (§. 227 Note 7) S. 146. 147. — Ueber den Fall, wo Pfandrecht und Schuld in der verpfändeten Forderung in derselben Hand zusammenkommen, s. §. 239 Note 12. 12a.

§. 249. [1] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 9 §. 3 l. 11 §. 1. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 6 pr. D. h. t., l. 3 C. h. t. 8. 31, l. 19 C. de usur. 4. 32, l. 49 D. de sol. 46. 3 (vgl. zu dieser letzten Stelle Keller Rec. 986—987).

[2] L. 5 pr. l. 13 D. h. t. Nur muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte und ihrem ganzen Umfang nach untergegangen sein. Ihrem ganzen Inhalte nach: es muß nicht eine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein (§. 225 Note 11). Ihrem ganzen Umfange nach: die Tilgung muß sich auf den ganzen Leistungsgegenstand bezogen haben (§. 226).

[3] Vgl. über das Folgende: Francke civilistische Abhandlungen Nr. 2

Fällen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkannt hat, wenngleich es sich die Sache theoretisch dadurch zurechtzulegen geneigt ist, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annimmt[4]. Die einzelnen Fälle, in welchen das römische Recht in dieser Weise das Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt[5], weisen auf ein Princip nicht hin[6]. Das zwar läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß das Pfandrecht nicht fortdauern kann, wenn der Gläubiger in einer oder der anderen Weise befriedigt worden ist; aber es darf nicht auch der umgekehrte Satz aufgestellt werden, daß es immer fortdauere, wenn die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist[7]. Von der anderen Seite ist ein Hinausgehen über die in den

---

(1826), Büchel civilrechtl. Erörterungen I S. 40—61 und zw. Aufl. I S. 114—117 (1833. 1847), Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 417—424 (1860), Schwanert die Naturalobligationen S. 395 fg. (1861), Dernburg II S. 576 fg.

[4] In diesem Sinne heißt es in l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio". Diese naturalis obligatio hat keine andere Bedeutung, als eben die, dem als fortdauernd angenommenen Pfandrecht zur Grundlage zu dienen; in jeder anderen Beziehung ist sie gleich einer Nichtobligation.

[5] Abgesehen von den Fällen der s. g. hypothekarischen Succession (§. 233b) gehören hierher die in folgenden Stellen enthaltenen Fälle: a) l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1; b) l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1; c) l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; d) l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3; e) l. 3. 7 C. de praescr. XXIX 7. 39, cf. l. 2 C. h. t. (§. 112 Note 5). Nicht gehört hierher auch der Fall der l. 30 §. 1 D. ad leg. Aq. 9 2, in welchem Fortdauer einer wirklichen naturalis obligatio anzunehmen ist, vgl. l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 8 und Schwanert a. a. O. S. 434—436; ob das Gleiche von l. 27 D. de pign. 20. 1 zu sagen ist, bleibt zweifelhaft.

[6] In dem Falle unter a) wird Untergang der Obligation aus einem rein formalen Grunde angenommen (vgl. 129 Note 4); in den Fällen unter b) und c) ist es theoretische Bequemlichkeit, daß man sich ohne Forderung behilft, wo dieselbe materiell begründet ist, und durch eine einfache Operation auch theoretisch herzustellen wäre (vgl. l. 8 C. ad SC. Vell. 4. 29); in dem Falle unter d) wird das Pfandrecht der Bürgschaftsobligation aufrecht erhalten, nachdem der Bürge mit dem Hauptschuldner zusammengefallen ist; der Fall unter e) ist der der Aufhebung der Pfandforderung durch Verjährung.

[7] Die Versuchung dazu liegt nahe, weil die römischen Juristen, wo sie ein Pfandrecht ohne Forderung anerkennen, es lieben, sich auf die Worte der Formel der actio hypothecaria zu berufen: „eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse". Aber dann müßte man z. B.

Quellen genannten Fälle, wo ein genügender Anhalt dafür vorliegt, nicht ausgeschlossen[8]. — Daß das moderne Hypothekenrecht die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal der Forderung erklärt, ist gleichfalls oben (§. 225 a. E.) bereits bemerkt worden.

2. Verkauf der Pfandsache[9]. In dem Verkauf erreicht das Pfandrecht seine Erfüllung, und damit sein Ende; der Käufer erwirbt die Pfandsache unbeschwert mit dem Pfandrechte, kraft dessen sie ihm verkauft worden ist[10]. Zugleich aber gehen durch den

---

auch in dem Falle Fortdauer des Pfandrechts anerkennen, wo der Schuldner durch eine ohne seine Schuld eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung befreit worden ist. So mit Recht Arndts §. 391 Anm., Dernburg II S. 578. 579.

[8] Für sicher hälte ich die Fortdauer des Pfandrechts in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Arglist des Eigenthümers der Pfandsache herbeigeführt worden ist, nach l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3. Schwanert a. a. O. S. 401; a. M. Dernburg II S. 582. Aber dauert das Pfandrecht auch fort bei Erlöschung der Forderung durch Confusion, wenn der Pfandeigenthümer ein anderer ist, als der Schuldner, oder auch bei Identität von Schuldner und Pfandeigenthümer, wenn Nachhypotheken auf der Sache liegen? Beide Fragen bejaht Schwanert S. 404; dawider Dernburg II S. 589 fg. Ein sicherer Fall aus dem römischen Recht wäre noch unbeerbter Tod eines filiusfamilias, vgl. l. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 11 D. de fidei. 46. 1. Schwanert S. 401. 402; a. M. Dernburg II S. 579 Anm. 12. — Arndts §. 391 stellt die Regel auf, daß das Pfandrecht fortdauere, so oft trotz der Aufhebung der Forderungsklage noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibe. Ich fürchte, diese Regel führt uns ebenso wenig weiter, als die von Bekker a. a. O. S. 423 aufgestellte, daß das Pfandrecht in allen Fällen fortdauere, wo der Erlöschungsgrund der Obligation nicht auch einen Erlöschungsgrund des Pfandrechts in sich trage.

[9] Bachofen S. 571—582, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII. 4 (1849), Dernburg II §. 115.

[10] L. 15 C. de distr. pign. 8. 28. Bachofen S. 571 fg. hat die Meinung auszuführen gesucht, daß der Verkauf das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers nicht durch sich selbst beendige, sondern nur kraft eines in demselben liegenden Verzichtes, und also nur dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber. Diese Meinung, welcher sich Vangerow I §. 380 Anm. Nr. I angeschlossen hat, wird durch die dafür angeführte l. 4 §. 1 D. h. t. nicht bewiesen. Nach der offenbar richtigen Erklärung Dernburg's II S. 226 spricht diese Stelle nicht von einem Pfandverkauf, sondern von einem Verkauf im Auftrage des Schuldners.

Verkauf der Pfandsache auch alle nachstehenden Pfandrechte unter, welche auf der Pfandsache lagen[11]; dieselben konnten der Befugniß des vorgehenden Gläubigers, das Eigenthum an der Pfandsache als an einer von diesen Pfandrechten freien zu übertragen, keinen Eintrag thun[12]. In dem einen und dem anderen Fall hat aber der Verkauf die bezeichnete Wirkung nur dann, wenn durch denselben der Käufer wirklich zum Eigenthümer gemacht worden ist[13]. Wird ferner der Verkauf wieder aufgehoben, so lebt das Pfandrecht wieder auf[14].

3. Nach einer singulären Vorschrift des römischen Rechts geht das Pfandrecht auch dadurch unter, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft[15]

---

[11] L. 6 C. qui pot. 8. 18, l. 1 C. si antiq. cred. 8. 20, l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10. — Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII. 4 (modernes Hypothekenrecht). Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentags I S. 117 fg. 133 fg. (zwei Gutachten von v. Salpius und Heinsen).

[12] Auch für diesen Fall wird von den erwähnten Schriftstellern Untergang nur ope exceptionis behauptet, und für diesen Fall stimmt denselben auch Dernburg II S. 227. 228 zu.

[13] Daher l. 13 D. de distr. pign. 20. 5. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, *ius suum cedere* debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem". Der Ausführung dieses Satzes ist der in Note erwähnte Aufsatz von Platner gewidmet. A. M. Brinz S. 357.

[14] Arg. l. 10 §. 1 D. h. t.

[15] L. 22 §. 8 C. de iure del. 6. 30. Dernburg II S. 594.

# Register.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Zeilen bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

Die größeren Ziffern bezeichnen den §., die kleineren oberhalb der Zeile die Noten.

# Zusätze und Berichtigungen.

## I. Zusätze.

Zu §. 1 Note 4. Sohm in Grünhut's Zeitschrift I S. 246 fg.

Zu §. 1 Note 8. Sohm a. a. O. S. 250 fg.

Zu §. 2 Note 7. Für die Wächter'sche Meinung Goldschmidt Handelsr. 2. Auflage I S. 337.

Zu §. 3 Note 2. Fitting Glossen zu den exceptiones legum Romanorum des Petrus. Halle 1874. Ders. zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfang des Mittelalters. Halle 1875.

Zu §. 6 Schluß. Sohm in Grünhut's Zeitschr. I S. 268 fg.

Zu §. 18 Note 2. Der Codexstelle gibt im Sinne Justinian's den Vorzug Zoll Jahrb. f. Dogm. XIII. 10.

Zu §. 23 Note 1a. Im Gegensatz zu der in §. 22 bezeichneten Analogie nennt man diese Analogie Rechtsanalogie.

Zu §. 35 Note 3. Seuff. Arch. XXVIII. 2.

Zu §. 45 Note 8 Z. 7. Vgl. auch Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 416 fg.

Zu §. 47 Note 1. Der von Albrecht rc. vertretenen Meinung stimmt neuerdings zu Schloßmann, zur Lehre vom Zwange (1874) S. 23 fg., ohne neue Gründe. Dagegen ist für die Unabhängigkeit der exceptio von dem Gegensatz zwischen Civil- und prätorischem Recht wieder eingetreten K. Birkmeyer, die Exceptionen im b. f. iudicium, Erlangen 1874. Der Zusammenhang und wesentliche Inhalt dieser Schrift ergibt sich aus S. 107—111. 146—149. 192—194. 297—299. Gegen dieselbe Eisele krit. VJSchr. XVI S. 501—520.

Zu §. 47 Note 2. Birkmeyer a. a. O. S. 33 fg.

Zu §. 55 Note 9. Hellmann das gemeine Erbrecht der Religiosen (München 1874) S. 11 fg.

Zu §. 59 Note 6. Vgl. Laband Annalen des deutschen Reichs 1874 S. 1499 fg. (iura singulorum).

Zu §. 59 Note 8. Seuff. Arch. XXVHI. 5.

Zu §. 71 Note 9 Z. 3 v. u. Seuff. Arch. XXVIII. 135.

Zu §. 73 Note 16a. Fr. Curtius D. de contractibus procuratorum (Berolini 1874) p. 26 sqq.

Zu §. 74 Note 2a. Seuff. Arch. XXVIII. 29. (?).

Zu §. 75. Das Erforderniß der Willenswirklichkeit bestreitet für Willenserklärungen unter Lebenden Röver, die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874 — mit einer Beweisführung, die auch nicht annäherungsweise überzeugend ist.

Zu §. 76 Note *. Ebenso wenig scheint mir ein Fortschritt enthalten zu sein in dem Aufsatz von Hesse Arch. f. civ. Pr. LVII S. 182—253 (1874).

Zu §. 76 Note 12. Vgl. Seuff. Arch. XXVIII. 215.

Zu §. 78 Note *. Hierher gehört ferner der in dem Zusatz zu §. 76 Note * genannte Aufsatz von Hesse.

Zu §. 80 Note *. Schloßmann zur Lehre vom Zwange, Leipzig 1874.

Zu §. 80 Note 2. Auch Schloßmann nimmt einen Widerspruch in den Quellen an, und führt denselben auf den Gegensatz zwischen Rechtsgeschäften mit bestimmter solemner Form und formlosen Rechtsgeschäften zurück. Für das heutige Recht nimmt Schloßmann, welcher die Anfechtbarkeit für eine historische Zufälligkeit hält, Richtigkeit an.

Zu §. 81. Ausgefallen ist: * Wächter II §. 90.

Zu §. 82 Num. 1. Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 6 fg. S. den Zusatz zu §. 80 Note 2.

Zu §. 82 Note 6. Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 416.

Zu §. 89 Note 6. E. Grueber Versuch einer Erklärung der l. 9 §. 1 D. de iure dotium. Inauguraldissertation. München 1874.

Zu §. 95 Note 2. Zu der Schrift von Enneccerus vgl. Hölder krit. VJSchr. XVI S. 236 fg.

Zu §. 107 Note 9 S. 312 Z. 2 v. o. Seuff. Arch. XXVII. 201.

Zu §. 108 Note 2. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 10.

Zu §. 109 Note 6. Seuff. Arch. XXVIII. 4.

Zu §. 113 Note 5 Z. 11. Seuff. Arch. XXVIII. 8

Zu §. 115 i. A. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 11.

Zu §. 117 Note 2. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 12.

Zu §. 117 Note 8. Seuff. Arch. XXVIII. 6.

Zu §. 118 Note 2. Schloßmann zur Lehre vom Zwange S. 94 fg.

Zu §. 124 Note 1. Kleinschrod über die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils. Leipzig 1875.

Zu §. 124 Note 6 a. E. Seuff. Arch. XXVIII. 18.

Zu §. 127 Note *. S. die in dem Zusatz zu §. 124 Note 1 bezeichnete Schrift von Kleinschrod.

Zu §. 128 Note 5 a. E. Seuff. Arch. XXVIII. 76.

Zu §. 129 Note 7 Z. 11. S. auch Westerburg Arch. f. prakt. RW. IX S. 362 fg.

Zu §. 130 Note 20 a. E. Regelsberger Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 425 fg.

Zu §. 130 Note 28. Gegen die positive Wirkung der exceptio rei iudicatae hat sich auch ausgesprochen (abgesehen von Ausnahmen) Westerburg Arch. f. prakt. RW. N. F. IX S. 271 fg. X S. 29 fg.

Zu §. 131 Note 1. Westerburg a. a. O. IX S. 376.

Zu §. 136 Note 8 Z. 3. Seuff. Arch. XXVIII. 98.

Zu §. 137 Note 10. Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken.

Zu §. 139 Note 2. Seuff. Arch. XXVIII. 2.

Zu §. 146 Note 7. Seuff. Arch. XXVII. 204. 206.

Zu §. 146 Note 14. Begriff des Ufers: Seuff. Arch. XXVIII. 7.

Zu §. 146 Note 17 Z. 8 v. u. S. auch auch Hölder krit. VJSchr. XVI S. 443 fg.

Zu §. 152 Note 9. Seuff. Arch. XXVIII. 11.

Zu §. 153 Note 9 Z. 8 v. u. Dawider auch Hölder krit. VJSchr. XVI S. 533 fg.

Zu §. 155 Note 8a Z. 26 v. o. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VII Nr. 9.

Zu §. 157 Note 6 Z. 15 v. o. Seuff. Arch. XXVII. 207.

Zu §. 164 Note 18 Z. 4 v. u. Seuff. Arch. XXVII. 210.

Zu §. 169 Num. 2. Es muß hier heißen: „wenn diese Ausbauchung unter einem halben Fuß beträgt".

Zu §. 169 Note 7. Z. 26 v. o. Seuff. Arch. XXVII. 208 (Erschütterung eines Gebäudes durch eine in dem benachbarten Gebäude aufgestellte Maschine).

Zu §. 169 Note 7 a. E. Die deutsche Gewerbeordnung gilt auch für Bayern. Reichsgesetz vom 12. Juli 1872.

Zu §. 169 Note 17. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII Nr. 14.

Zu §. 171 Note 2 a. E. Kohler Annalen der Großh. badischen Gerichte 1874 S. 237 fg.

Zu §. 177 Note 1. Gegen Ubbelohde vgl. auch Hölder krit. VJSchr. XVI S. 544 fg.

Zu §. 178 Note 1 Z. 14 v. o. Hinter „Bruns" ist hinzuzufügen „(und mit ihm das Schlußurtheil in dem bezeichneten Fall, Arch. f. civ. Pr. LVII S. 275 fg.)".

Zu §. 178 Note 2 Z. 8 v. o. S. auch Arch. f. civ. Pr. LVII S. 301 fg.

Zu §. 199 Note *. Zu der Schrift von Gimmerthal vgl. auch Hölder krit. VJSchr. XVI. S. 549 fg. — Neuestens: Huschke das Recht der Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch dargestellt, Stuttgart 1874.

Zu §. 224 Note 2. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII. Nr. 15. 25.

Zu §. 242 Note 1. Entscheidungen des OAG. zu Rostock VIII. Nr. 22

---

## II. Berichtigungen.

S. außerdem S. XVI.

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Seite | 11 | Note | 3 | Zeile | 8 v. u. l. | Note 6 statt Note 7. |
| „ | 19 | „ | 2 | „ | 2 v. u. l. | nach 1233 st. 1238. |
| „ | 20 | „ | 4 | „ | 3 v. u. l. | 1336 st. 1334. |
| „ | 37 | „ | | „ | 2 v. u. l. | die st. der. |
| „ | 41 | „ | 1 | „ | 14 v. u. l. | Meier st. Mayer. |
| „ | 44 | „ | 1 | „ | 6 v. u. l. | 255 st. 225. |
| „ | 46 | „ | 5 | „ | 8 v. u. l. | Meier st. Meyer. |
| „ | 49 | „ | 2 | „ | 5 v. u. l. | Savigny I st. Savigny II. |
| „ | 49 | „ | 2 | „ | 6 v. u. l. | Note 1 st. der vorigen Note. |
| „ | 69 | „ | 2 | „ | 1 v. o. l. | das Recht st. die iustitia. |
| „ | 75 | „ | 1 | „ | 1 v. u. l. | instituit st. constituit. |

Seite 75 Note 2 Zeile 3 v. u. l. 30 st. 20.

„ 75 „ 2 „ 1 v. u. l. 7. 6 st. 76.

„ 78 „ 8 „ 5 v. u. l. 410. st. 401.

„ 79 „ 9 „ 2 v. u. l. lit. b. st. lit. c.

„ 98 „ 1 „ 1 v. o. l. S. 340 st. §. 340.

„ 99 „ 5 „ 1 v. o. streiche die Worte corporalibus et.

„ 101 §. 43 Text „ 2 v. o. l. unmittelbarer st. unmittelbar.

„ 109 Note 3 „ 3 v. o. streiche die Zahl 92.

„ 110 „ 13 v. o. l. sachlich st. sachlichen.

„ 114 „ „ 19 v. o. l. Savigny I st. Savigny II.

„ 118 „ 7 „ 3 v. o. l. 13 st. 3.

„ 120 „ 8 „ 6 v. u. l. macht st. gemacht.

„ 121 ist das Notenzeichen 1 in Zeile 3 v. o., das Notenzeichen 2 in Zeile 16 v. o., das Notenzeichen 3 an den Schluß des §. zu setzen.

„ 121 Text Zeile 15 v. o. l. daß st. das.

„ 123 Note 3 Zeile 6 v. u. l. Labeo st. Laber.

„ 124 „ 3 „ 4 v. u. l. ihm st. ihn.

„ 127 „ 6 „ 3 v. o. l. §. 2 st. §. 1

„ 131 „ 8 „ 2 v. u. l. 1866 st. 1366.

„ 136 Text „ 6 v. u. l. 3. Juli st. 5. Juli.

„ 136 Note 13 „ 1 v. o. l. 42 st. 32.

„ 137 „ 7 „ 5 v. o. l. ihre st. ihrer.

„ 141 „ 7 „ 1 v. u. l. öffeutlicher st. öffentlichen.

„ 141 „ 7 „ 13 v. u. l. oder st. und.

„ 143 Text „ 6 v. u. l. Agnation st. Angnation.

„ 144 Text „ 3 v. u. l. daß st. das.

„ 145 Noten „ 4 v. o. l. IX. 124 st. IX. 24.

„ 148 Note 4 „ 2 v. o. l. C. st. D.

„ 152 Noten „ 6 v. o. l. l. 3 §. 4 st. l. 4 §. 3.

„ 156 Note 4 „ 2 v. u. l. 45 st. 46.

„ 157 „ 8 „ 2 v. o. l. 5. 11 st. 3. 11.

„ 158 „ 2 „ 2 u. 3 v. o. l.: Vgl. darüber III §. 549 Anm. 2 und die dort Citirten. S. ferner Stobbe I S. 420 und Citate das.

„ 162 Text „ 10 v. o. l. desselben st. derselben.

„ 162 „ „ 15 v. o. l. werden st. werde.

„ 164 „ 2 v. o. streiche „der".

„ 168 Note 5 „ 5 v. o. l. 4. 8 st. 4. 6.

„ 172 „ 4 „ 1 v. u. l. den st. die.

„ 183 gehört die letzte Zeile der Note 3 zu Note 2.

„ 188 Note 7 „ 2 v. u. l. 45. 3 st. 35. 3.

„ 190 „ 16 „ 3. 4. v. u. l. c. 24 X de praeb. st. c. 24 de praeb. in VI°.

„ 191 „ 16 „ 6 v. u. l. partibus st. pardibus.

„ 191 „ 16 „ 13 v. u. l. 67 st. 87.

„ 192 „ 18 „ 3 v. o. l. 21. 1 st. 21. 2.

„ 192 „ 18 „ 4 v. o. l. 18. 1 st. 18.

Seite 202 Note 9 Zeile 3 v. u. l. 21 §. 2 st. l. 21 §. 5.

„ 203 „ 9 „ 5 v. u. l. 395 st. 295.

„ 204 „ 1 „ 4 v. u. l. 76 st. 77.

„ 206 „ 3 „ 1 v. o. l. 12. 6 st. 12. 1.

„ 214 ist in den Noten ausgefallen: * Wächter II §. 90.

„ 228 Note 5 Zeile 2 v. u. l. 1. 18 st. 2. 18.

„ 229 Noten „ 1 v. o. l. dispendium st. praeiudicium.

„ 229 Note „ 2 v. o. l. 1. 18 st. 2. 18.

„ 232 Note 2 „ 2 v. u. l. L. st. I,

„ 234 Noten „ 10 v. o. l. findet st. finden.

„ 253 Note 2 „ 5 v. u. streiche „de int“.

„ 260 Noten „ 1 v. o. l. obstrictus st. adstrictus.

„ 265 Note 5 „ 2 v. u. l. 35 st. 45.

„ 266 Text „ 9 v. o. l. Todes st. Todesfall.

„ 267 Note 10 „ 2 v. o. l. de inst et subst. st. eod.

„ 268 „ 15 „ 3 v. u. l. 190 st. 100.

„ 270 „ 2 „ 6 v. u. l. 437 st. 347.

„ 272 „ 5 „ 3 v. u. l. 7 st. 1.

„ 275 „ 5 „ 4 v. u. l. versteht st. vorsteht.

„ 281 „ 5 „ 2 v. o. l. 253 st. 353.

„ 286 „ 3 „ 4 v. u. l. 332 st. 322.

„ 288 „ 8 v. o. l. l. 13 §. 1 l. 14 st. l. 13 §. 11. 14.

„ 289 „ 10a „ 2 v. u. l. 49 st. 50.

„ 294 „ 12 „ 8 v. o. l. mathematischen st. mathematische.

„ 294 „ 12 „ 9 v. o. l. mathematische st. mathematischen.

„ 295 „ 14 „ 5 v. o. l. der st. des.

„ 299 „ 1 „ 3 v. o., S. 300 Note 4 S. 300 Note 7 Zeile 6 v. o. l. quis ordo st. si quis ordo.

„ 302 „ 4 „ 3 v. o. l. 40 st. 4.

„ 309 „ „ 10 v. o. l. ihm st. ihn.

„ 309 „ „ 16 v. o. l. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. st. Arch. f. civ. Pr.

„ 310 „ 8 „ 2 v. u. l. iugiter st. iugitur.

„ 317 „ 6 „ 2 v. u. l. prakt. RW. st. civ. Pr.

„ 318 „ 2 „ 5 v. o. l. l. 7 §. 1 st. l. 7 pr.

„ 319 „ 5 „ 2 v. o. l. C. st. D.

„ 320 „ * „ 3 v. u. l. 1843 st. 1842.

„ 322 „ 5 „ 3 v. u. l. anerkennt st. anerkannt.

„ 324 „ 6 „ 2 v. o. l. Pfeiffer st. Pfeifer. Ebenso S. 334 Note 12 Zeile 1 v. u.

„ 324 „ 8 „ 1 v. u. l. 46. st. 36.

„ 327 „ 8 „ 1 v. u l. 35. st. 39.

„ 329 „ 3 „ 2 v. u. l. de lege Iulia ambitus st. ad legem Iuliam de ambitu.

„ 341 „ 7 „ 6 v. u. l. de st. ad. Ebenso S. 344 Note 16 Zeile 3 v. o.

„ 344 „ 16 „ 3 v. u. l. 8. 6 st. 86.

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Seite | 348 | Note | 18 | Zeile | 3 v. o. l. 4. 4 st. 4. 3. |
| „ | 350 | „ | 5 | „ | 4 v. o. l. den st. dem. |
| „ | 354 | „ | 6 | „ | 1 v. u. l. Wetzell st. Wetzel. |
| „ | 355 | Text | | „ | 1.2 v. u. l. Realisirung der Rechtshülfe st. Realisi der Rechtshülferung. |
| „ | 356 | Note | 1 | „ | 4 v. u. l. Worte st. Wort. |
| „ | 360 | „ | * | „ | 1 v. u. l. 1847 st. 1747. |
| „ | 361 | „ | | „ | 16 v. o. l. eadem st. eadam. |
| „ | 366 | Text | | „ | 1 v. o. l. Ansprüche st. Ansprüchen. |
| „ | 367 | Note | 4 | „ | 2 v. o. l. rer. st. reb. |
| „ | 371 | „ | 4 | „ | 6 v. o. l. im st. in. |
| „ | 372 | „ | 7 | „ | 1 v. o. l. §. 6 st. §. 7. |
| „ | 374 | „ | | „ | 22 v. o. l. das st. des. |
| „ | 381 | „ | | „ | 17 v. u. l. Nichtfortdauer st. Nichtfordauer. |
| „ | 382 | „ | 1 | „ | 3 v. o. l. eadem st. eadam. |
| „ | 384 | „ | | „ | 9 v. o. l. Nr. IV st. Nr. V. |
| „ | 390 | | | „ | 1 v. u. l. 23 st. 22. |
| „ | 392 | Note | | „ | 1 v. u. ist die Zahl 4 ausgefallen. |
| „ | 393 | „ | | „ | 15 v. o. l. Schriftsteller st. Schriftsteder. |
| „ | 396 | „ | 5 | „ | 4 v. u. l. hieße st. heiße. |
| „ | 402 | „ | 17 | „ | 7 v. u. ist die Zahl 9 ausgefallen. |
| „ | 403 | „ | 3 | „ | 4 v. u. l. 45 st. 25. |
| „ | 407 | Text | | „ | 1 v. o. l. Privilegium st. Privilegien. |
| „ | 410 | Note | 4 | „ | 5 v. u. l. H. P. st. H. |
| „ | 412 | „ | 10 | „ | 5 v. u. l. V S. 263 fg. st. VI S. 65 fg. |
| „ | 413 | „ | 1 | „ | 2 v. u. l. 2. 2 st. 22. |
| „ | 413 | „ | 3 | „ | 1 v. u. l. 137 st. 147. |
| „ | 418 | „ | 4 | „ | 1 v. o. l. 54 st. 53. |
| „ | 420 | „ | 7a | „ | 2 v. u. l. habeant st. habant. |
| „ | 421 | „ | 11 | „ | 5 v. u. l. 40 st. 37. |
| „ | 424 | „ | 1 | „ | 1 v. o. l. 44 st. 49. |
| „ | 431 | „ | 13 | „ | 1 v. u. l. 117 st. 119. |
| „ | 435 | „ | 1 | „ | 1 v. o. l. 18 st. 19. |
| „ | 437 | „ | 2 | „ | 6 v. u. l. diese st. dieser. |
| „ | 438 | „ | 3 | „ | l. 467 st. 267. |
| „ | 443 | „ | 10 | „ | 2 v. o. l. nomine st. nomina. |
| „ | 445 | „ | | „ | 2 v. o. l. das st. des. |
| „ | 447 | Text | | „ | 1 v. u. l. das Notenzeichen 6 st. 5. |
| „ | 451 | Note | 1 | „ | 3 v. o. l. praed. st. serv. |
| „ | 456 | „ | 12 | „ | 8 v. u. l. 43. 17 st. 43. 16. |
| „ | 461 | „ | | „ | 9 v. u. l. anderer st. andere. |
| „ | 467 | „ | 3 | „ | 6 v. o. l. Stellvertreters st. Stellvertrers. |
| „ | 473 | „ | 3 | „ | 1 v. u. l. 16 D. h. t., st. 16. |
| „ | 473 | „ | 4 | „ | 11 v. o. l. 43. 16 st. 43. 10. |
| „ | 475 | „ | 8 | „ | 7 v. u. l. Wiederergreifung st. Wiedergreifung. |
| „ | 479 | „ | 6 | „ | 5 v. u. l. Sachen st. Sache. |

Seite 486 Note 11 Zeile 10 v. u. l. Parteirollen st. Parteivollen.
" 489 " 5 " 4 v. o. l. Eine st. Ein.
" 492 " 17 " 3 v. u. l. §. 1 st. §. 2.
" 493 Text " 3 v. u. l. das Notenzeichen 1 st. 2.
" 517 im Text l. das Paragraphenzeichen 169 st. 168.
" 519 Note * Zeile 2 v. o. l. Werenberg st. Werenburg.
" 519 " 3 " 2 v. o. Ebenso.
" 520 " 6 " 9 v. o. l. 3. 34 st. 3. 24.
" 521 " " 15 v. o. l. XI. 114 st. XI. 144.
" 527 " 4 " 13 v. o. l. XXII. 216 st. XVII. 216.
" 527 " 4 " 4 v. u. l. 39. 2 st. 39. 3.
" 529 Noten " 1 v. o. l. derelinquirt st. dereliquirt.
" 534 Note 2 " 17 v. u. l. 649 st. 349.
" 540 " 15 " 5 v. o. l. Note 5 st. Note 51.
" 542 " 18a " 17 v. u. l. 20 §. 2 st. l. 20 l. 2.
" 544 Noten " 3 v. o. l. vom st. von.
" 547 Note 5 " 3 v. u. l. Note 14 st. Note 11.
" 547 " 5 " 8 v. u. l. l. 93 pr. st. l. 69 §. 3.
" 552 " * " 2 v. o. l. 41. 3 st. 44. 3.
" 555 " 2 " 2 v. o. l. 41. 1 st. 44. 1.
" 558 " 5 " 4 v. u. l. das st. der.
" 558 " 6 " 3 v. u. l. quaesitam st. quaestiam.
" 562 " 9 " 8 v. o. l. 41. 6 st. 41. 9.
" 563 in den Noten ist das Notenzeichen 2 st. 3 zu setzen.
" 563 Note 2 Zeile 2 v. o. l. IX. 265 st. 285.
" 565 " 7 " 5 v. o. l. 41. 6 st. 39. 6.
" 566 " 8 " 12 v. u. l. des Besitzers, als solcher für st. des Besitzers als solcher, für.
" 567 " 1 " 2 v. o. l. 41. 4 st. 42. 4.
" 575 " 5 " 6 v. u. l. v. u. l. Schmid st. Schmidt.
" 577 " 11 " 10 v. u. l. civ. st. Civ. u.
" 580 " 1 " 4 v. u. l. 41. 7 st. 41. 10.
" 581 " 5 " 9 v. u. l. 41. 10 st. 41. 16.
" 586 " 1 " 16 v. u. l. §. 2 st. 1.
" 586 " 1 " 13. 14. 15. v. u. l. propior st. proprior.
" 589 " 7 " 2 v. o. l. faciat st. facia.
" 593 Text " 3 v. o. l. der st. die.
" 593 Note 15 " 4 v. u. l. 21. 2 st. 22. 1.
" 604 " 1 " 3 v. u. l. 6. 1 st. 9. 1.
" 606 " 4 " 7 v. u. l. effici st. fieri.
" 608 " 1 " 6 v. o. l. §. 2 st. §. 20.
" 608 " 1 " 2 v. u. ist vor ‚allerdings' das Wort ‚ist' ausgefallen.
" 615 " 5 " 2 v. o. l. er st. es.
" 616 " 10 " 3 v. u. l. Begriffsbestimmung st. Begriffbestimmungen.
" 617 §. 196 Text Zeile 1 v. o. l. Voraussetzungen st. Voraussetzung.
" 619 Note 6 Zeile 2 v. o. l. 3. 19 8. 5 st. 3. 10.

Seite 623 Note * l. VIII st. XIII.
„ 623 „ 1 Zeile 3 v. u. l. si serv. 8. 5 st. h. t.
„ 625 „ 10 „ 1 v. o. l. (7) st. 7.
„ 626 „ 12 „ 7 u. 9 v. o. l. fructuario und fructuarius st. usufructuario und usufructuarius.
„ 635 „ 3 „ 19 v. o. l. II°. 31 st. II°. 30.
„ 637 „ 4 „ 5 v. u. l. et st. vel.
„ 637 „ 4 „ 2 v. u. l. II st. III.
„ 642 „ 4 „ 2 v. o. l. 7. 8 st. 7. 5.
„ 649 „ 9 „ 1 v. o. l. 6. 54 st. 6. 34.
„ 651 „ 4 „ 3 v. u. l. 20. 6 st. 20. 4.
„ 652 „ * „ 1 v. o. l. vel st. aut.
„ 653 Noten letzte Zeile l. das Notenzeichen 5 st. 4, und 2. 4 st. 2. 1.
„ 654 Noten l. das Notenzeichen 7 st. 5
„ 654 Note 6 Zeile 1 v. u. l. Cohnfeldt st. Cohnfeld.
„ 658 „ 6 „ 1 v. u. l. Cohnfeldt st. Cohnfeld.
„ 660 „ 6 „ 2 v. u. l. serv st. servi. Ebenso Note 8 Z. 1 v. o.
„ 660 „ * l. de servitutibus st. de servitutibus praediorum.
„ 661 „ 3 Zeile 1 v. o. l. aliud st. aliter.
„ 663 „ 8 „ 16 v. o. l. Anforderungen st. Aufforderungen.
„ 664 „ 9 „ 4 v. u. l. das st des.
„ 665 „ 14 „ 1 v. o. l. L. 2 st. L. 12.
„ 667 „ 2 „ 8 v. u. l. Note 32 st. Note 31.
„ 669 „ * l. praediorum rusticorum st. praediorum.
„ 671 „ 1 „ 1 v. u. l. quemadm. st. quib. mod.
„ 674 „ 11 „ 9 v. o. l. XIII st. VIII.
„ 676 „ „ 12 v. o. l. 376 st. 276.
„ 677 „ „ 1 v. o. l. quemcunquem st. quemque
„ 678 „ 3 „ 3 v. u. ist vor „IV“ einzuschieben „N. F“.
„ 679 Noten l. das Notenzeichen 9 st. 2.
„ 681 Note * Zeile 3 v. o. l. 1828 st. 1328.
„ 686 „ 1 „ 2 v. u. l. 200 st 209.
„ 688 „ 9 „ 3 v. o. l. 2. 4 st. 2. 3, und fructuarius st. usufructuarius
„ 698 Text „ 12 v. o. l. erster st. ersten.
„ 703 Note 2 „ 6 v. u. l. 50. 15 st. 30. 15.
„ 718 „ 8 „ 2 v. o. l. und st. mit.
„ 736 Text „ 20 v. o. l. Faustpfandrecht st. Faustpfand.
„ 753 „ „ 10 v. o. l. die st. der.
„ 770 Note 6 „ 1 v. u. l. habe st. haben.
„ 800 „ 6 „ 7 v. o. l. das st. des.
„ 801 „ 2 „ 10 v. u. l. N. F. XX. 7 st. XX. 7.
„ 804 „ 11 „ 1 v. o. l. Eigenthümer st. Eigenthum.

